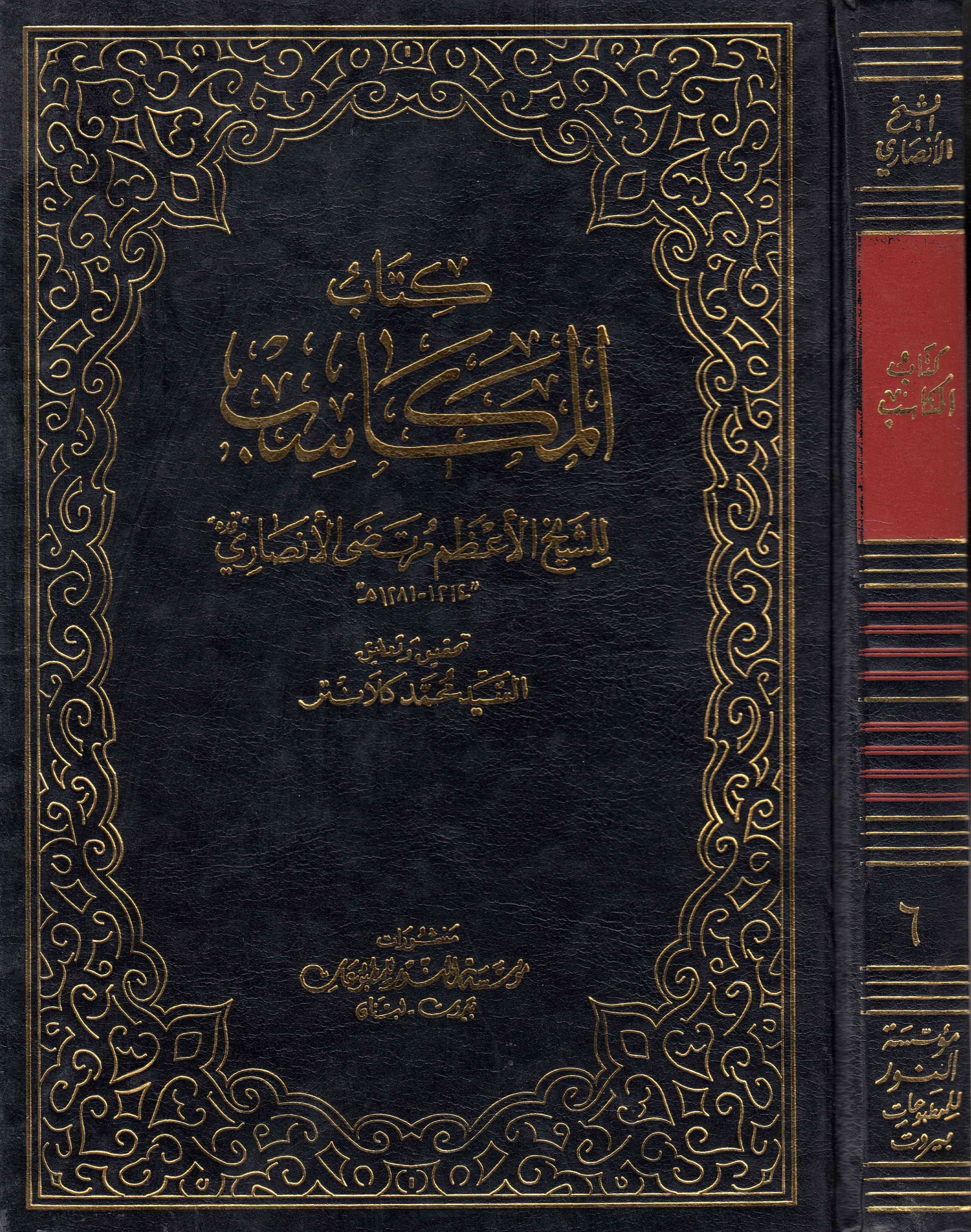
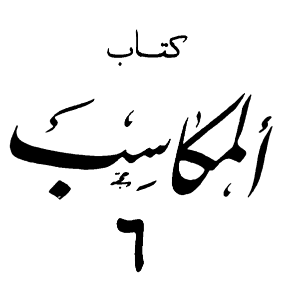

كتاب
المكاسب
للشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري
"١٢١٤-١٢٨١هـ"
تحقيق وتعليق
السيد محمد كلانتر
منشورات
مؤسسة النور للمطبوعات
بيروت - لبنان
الشيخ الأنصاري
كتاب المكاسب
٦
مؤسسة النور للمطبوعات بيروت

كتاب



كتاب
المكاسب

للشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري

قدس سره

١٢١٤ هـ - ١٢٨١ هـ

تحقيق وتعليق

السيد محمد كلانتر

الجزء السادس

منشورات
مؤسسة النور للمطبوعات
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

مؤسسة النور للمطبوعات

بيروت - شارع المطار - قرب كلية الهندسة ص . ب - ١١/٨٦٤٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الاهداء

سيدي . . أبا صالح .

هذه جهودي بين يديك متواضعة بذلتها في سبيل تخليد فقه (أئمة أهل البيت) وهم آباؤك وأجدادك الطاهرون عليهم الصلاة والسلام في سبيل احياء تراثنا العلمي الأصيل ، أهديها اليك . . . يا حافظ الشريعة يا من يملأ الأرض قسطاً وعدلاً بعدما ملئت ظلماً وجوراً فأنت أولى بها ممن سواك ، ولا أراها متناسبة وذلك المقام الرفيع .

وأراني مقصراً وقاصراً غير أن الهدايا على قدر مهديها .

فتفضل عليّ يا سيدي عجل الله تعالى لك الفرج بالقبول ، فإنه غاية المأمول .

عبدك الراجي

كِتَابُ البَيْعِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم الى يوم الدين .

(كتاب البيع) (١)

وهو في الاصل (٢) كما عن المصباح المنير (٣) مبادلة (٤) مال بمال

---

(١) مصدر باع يبيع اجوف يائي ، وهو من الأضداد كالجون و القرء حيث يطلق الاول على السواد والبياض ، والثاني على الطهر والحيض .

فالبيع يطلق تارة على البيع ، واخرى على الشراء كلفظة الشراء حيث إنها من الأضداد ، اذ مرة تطلق على البيع ، وثانية على الشراء .

وهذا الاطلاق والاستعمال في كل من المعنيين على سبيل الحقيقة ، لأن في احدهما حقيقة ، وفي الآخر مجازاً .

بعبارة اخرى أن لفظة البيع في كل من المعنيين مشتركة بالاشتراك اللفظي لكلا المعنيين .

(٢) اى لفظة البيع في الوضع اللغوي .

(٣) كتاب في علم اللغة يأتي شرحه وشرح مؤلفه في (أعلام المكاسب)

(٤) مصدر باب المفاعلة من بادل يبادل معناه التبادل بين اثنين : بمعنى أن كل واحد من المتبادلين يأخذ مافي يد صاحبه بعد تمليك كل منهما مايملكه للآخر .

بعبارة اخرى : أن البايع يعطي مافي يده لصاحبه ازاء ما يأخذه من المشتري من الثمن ، والمشتري يعطي مافي يده لصاحبه ازاء ما يأخذه من البايع من المثمن .

والظاهر (١) اختصاص المعوض بالعين ، فلا (٢) يعم ابدال المنافع بغيرها ، وعليه (٣) استقر اصطلاح الفقهاء في البيع .

نعم (٤) ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها .

---

(١) اى الظاهر من لفظة البيع ، لامن تعريف صاحب المصباح المنير كما اشتبه على بعض الأفاضل : أن المعوض مختص بالعين ، ولا يجوز جعله منفعة .

ومنشأ هذا الظهور شيئان : التبادر . وصحة السلب .

(أما الاول) : فلتبادر العين من لفظة البيع عند اطلاقاتها وموارد استعمالاتها في قول القائل : بعت ، فإنها متى اطلقت يراد منها بيع الأعيان لابيع المنافع .

وقد قيل قديماً وحديثاً : إن التبادر من علائم الحقيقة .

(وأما الثاني) : فلصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض في قولك : بعتك منفعة الدار سنة بعشرة دنانير ، فيصح أن يقال : إن بيع المنفعة ليس ببيع .

وقد قيل قديماً وحديثاً : صحة السلب من علائم المجاز ، وعدمها من علائم الحقيقة ، فاستعمال لفظة البيع في المنفعة تكون مجازاً .

(٢) الفاء تفريع على ما افاده : من الاستظهار المذكور ، اى فعلى ضوء هذا الاستظهار لاتشمل لفظة البيع تبديل المنافع بغير المنافع : بأن تجعل المنافع معوضاً والعين عوضاً في قولك : بعتك سكنى الدار سنة كاملة بعشرة دنانير .

وكذلك لاتشمل تبديل المنافع بالمنافع في قولك : بعتك سكنى الدار سنة بسكنى الدار سنة .

(٣) اى وعلى الاستظهار المذكور : من أن المعوض مختص بالعين

(٤) استدراك عما افاده : من اختصاص المعوض بالعين

وخلاصته : أن بعض فقهاء الامامية قد استعمل لفظة البيع في تبديل المنافع : بأن جوز جعل المعوض منفعة فيصح أن يقال : بعتك منفعة الدار سنة ـ

بل يظهر ذلك (١) من كثير من الأخبار كالخبر (٢) الدال على جواز بيع خدمة المدبر ، وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها (٣) .

= مع وجود الإستظهار المذكور : بمعنى أنه يقول بصحة وقوع المنافع في المعوض .

(١) وهو استعمال البيع في تبديل المنافع .

(٢) من هنا يروم الشيخ الإستشهاد بالأحاديث على ما أفاده : من استعمال البيع في تبديل المنافع .

راجع حول الخبر (من لا يحضره الفقيه) الجزء ٣ . ص٧٢ . الحديث ٧ .

اليك نص الحديث :

عن ابن أبي مريم عن (أبي عبد الله) عليه السلام قال : سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دَبر أيطؤها إن شاء ، أو ينكحها ، أو يبيع خدمتها حياته ؟

قال : نعم اي ذلك شاء فعل .

فالشاهد في اطلاق البيع على خدمة الجارية المدبرة .

(٣) هذا ثان الأحاديث للإستشهاد المذكور .

راجع (وسائل الشيعة) . الجزء ١٢ ص٢٥٠ . الباب ٣ من أبواب عقد البيع . الحديث ٥ .

اليك محل الشاهد من الحديث :

قلت : يبيع سكناها ، أو مكانها في يده فيقول : أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي ؟

قال : نعم يبيعها على هذا .

فالشاهد في اطلاق البيع على مبادلة المنافع .

وكأخبار بيع الأرض الخراجية وشرائها (١) .

والظاهر (٢) أنها مساحة في التعبير ، كما (٣) أن لفظة الإجارة تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة .

وأما العوض (٤) فلا اشكال في جواز كونه منفعة (٥) كما في غير

---

(١) هذا ثالث الأحاديث للإستشهاد المذكور .

راجع نفس المصدر . ص٢٧٥ . الحديث ٧ .

اليك نصه :

عن محمد بن مسلم قال : سألته عن شراء أرضهم .

فقال : لا بأس أن تشتريها فتكون - اذا كان ذلك- بمنزلتهم تؤدي فيها كما يؤدون فيها

فالشاهد في اطلاق الشراء على مبادلة المنافع .

(٢) أي الظاهر من استعمال لفظة البيع في المنافع في الموارد الثلاثة في الأخبار المذكورة ، وفي غير هذه الأخبار .

ولا يخفى أن الاستعمال المذكور ليس مساحة ، حيث كان السائد في العصور الغابرة في معنى البيع معناه الأعم الذي يشمل الأعيان والمنافع ثم اختص في اصطلاح الفقهاء بمبادلة العين وهي لا تشمل المنافع .

(٣) تنظير للمساحة المذكورة ، أي المساحة المذكورة نظير المساحة في اطلاق لفظة الاجارة الموضوعة لنقل المنافع واستعمالها في نقل الأعيان كما في بيع الثمرة على الأشجار .

(٤) وهو الثمن .

(٥) هذا بناءً على أن العوض والمعوض يتشخصان في الخارج ومعلومان .

وأما إذا لم يكونا معلومين ومتشخصين فكيف يمكن تعيين العوض حتى يجعل منفعة بإزاء عين اخرى ؟

موضع من القواعد والتذكرة وجامع المقاصد

ولا يبعد عدم الخلاف فيه (١) .

نعم (٢) نسب إلى بعض الأعيان (٣) الخلاف فيه

ولعله (٤) لما اشتهر في كلامهم : من أن البيع لنقل الأعيان

والظاهر (٥) ارادتهم بيان المبيع .

نظير (٦) قولهم : إن الإجارة لنقل المنافع .

---

(١) أي في وقوع المنافع عوضاً .

(٢) استدراك عما أفاده : من عدم وقوع الخلاف في وقوع المنافع عوضاً .

(٣) قيل : المراد منه (الاستاذ الأكبر الوحيد البهبهاني) .

وقيل : (الشيخ جعفر كاشف الغطاء) أي هذا البعض أفاد بوجود المخالف في وقوع المنافع عوضاً .

(٤) توجيه من الشيخ لما أفاده هذا البعض الذي هو من أعيان فقهاء الطائفة الإمامية ، أي ولعل منشأ هذه المخالفة هي الشهرة الواقعة في كلمات الفقهاء : من أن لفظة البيع موضوعة لنقل الأعيان ثمناً ومثمناً .

ولا شك أن لفظة الأعيان لا تشمل المنافع ، حيث إن المال قد اخذ في مفهوم البيع في جانب العوض ، كما قد اخذ في جانب المعوض فلا يصح وقوع المنافع في العوض والمعوض .

(٥) ردٌ من الشيخ للتوجيه المذكور .

وخلاصته : أن القائل بعدم وقوع المنافع عوضاً بدعوى أن البيع موضوع لنقل الأعيان : يقصد منه المبيع فقط الذي هو المعوض ، لا العوض فإن المنافع لا يصح أن تقع معوضاً ، وأما العوض فيصح وقوع المنافع فيه .

(٦) تنظير للرد المذكور .

وأما عمل (١) الحر فإن قلنا : إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال (٢) فلا اشكال ، وإلا (٣) ففيه اشكال :

- وخلاصته أنه كما يراد من لفظة المنافع في تعريف الفقهاء الاجارة : بأنها موضوعة لنقل المنافع : العوض فقط اي العوض في الاجارة يصح أن يقع منفعة .

وأما المعوض فلا ، فإنه لابد أن يكون من الأعيـــان وهي النقود والدراهم والدنانير .

كذلك يراد من لفظة الأعيان في تعريف الفقهاء البيع : بأنه موضوع لنقل الأعيان : المعوض فقط ، لا العوض اي المعوض لا يصح وقوع المنافع فيه وأما العوض فيصح وقوعها فيه كما عرفت .

(١) لما كان الكلام في البيع وقلنا : إن له عوضاً ومعوضاً ، وإنه لابد أن يكون المعوض عيناً فلا يصح وقوع المنافع فيه .

بخلاف العوض : فإنه يصح وقوع المنافع فيه .

وكان من جملة المنافع الأعمال الحرفية كالكتابة والبنايـــة والتجارة والخياطة وما ضاربها من الأعمال الحرفية الصادرة من الانسان في الخارج :

اراد أن يذكر أنه هل يصح وقوع هذه الأعمال عوضا أولا ؟

هذا بعد الفراغ عن عدم جواز وقوعها معوضاً .

فهنا فصل وأفاد فقال : إن عمل الانسان إن كان قبل المعاوضة عليه يعد من الأموال : بحيث يبذل بازائه المال عرفاً ويقصده العقلاء فلا اشكال في وقوعه عوضاً ، لأنه مال عرفاً مقصود للعقلاء

(٢) اي يعد من الأموال كما عرفت .

(٣) هذا هو الشق الثاني للتفصيل المذكور الذي افاده الشيخ اي وإن لم نقل: إن عمل الحر يعد من الأموال ؛ ولا يبذل بازائه المال ففي جعله عوضاً -

من (١) حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة يدل عليه (٢) ما تقدم عن المصباح (٣) .

وأما الحقوق (٤) فإن لم تقبل المعاوضة بالمال ،

= اشكال،لوقوع البيع على شيء تحققت ماليته وسبقت .

ومن الواضح أن عمل الحر قبل الشروع فيه لا يكون مالاً حتى يباع ويجعل عوضاً ، وبعد الشروع في العمل يحصل تدريجياً اي شيئاً فشيئاً فهو تدريجي الحصول لا يمكن تحققه في الخارج إلا بعد إنهاء العمل كله .

فكيف يصح جعله عوضاً مع اعتبار المالية في البيع ، حيث اخذت في مفهومه عند تعريف صاحب (مصباح المنير) بقوله في ص٧ : البيع مبادلة مال بمال .

(١) كلمة من بيان لوجه الاشكال في جعل عمل الانسان عوضاً لو لم يعد مالاً . وقد عرفت وجه الاشكال آنفاً .

(٢) اي على احتمال اعتبار كون العوضين مالا في البيع .

(٣) عند نقل الشيخ عنه في ص٧ بقوله : كما عن مصباح المنير : مبادلة مال بمال ، فالمال قد اخذ في مفهوم البيع .

ثم البيع له أركان اربعة : البايع والمشتري ، والعوض والمعوض .

(٤) بعد أن ذكر الشيخ عمل الانسان ، وأنه هل يمكن أن يجعل عوضاً أولا : اراد أن يذكر الحقوق المقررة من قبل الشارع ، والتي ثبت أن لها كياناً من قبله ، فاخذ في عد تلك الحقوق والتفصيل بينها ، واثبات أن أياً منها يصح جعله عوضاً في البيع ، وأياً منها لا يصح .

ثم لا يخفى عليك أن في بعض نسخ الكتاب لفظة (الاخرى) موجودة هكذا : وأما الحقوق الاخرى .

وهذا ليس بصحيح ، لأنه لم يسبق من شيخنا الأنصاري قدس سره=

كحق (١) الحضانة والولاية (٢) فلا اشكال .

وكذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة (٣)

= ذكر حق من الحقوق حتى يقول : وأما الحقوق الاخرى ، ولا شك أن هذه الزيادة من النساخ الذين حرفتهم الكتابة وهم اميون لا يعرفون شيئاً سوى الكتابة .

(لا يقال) : إن الشيخ قد ذكر عمل الحر فهو يعد حقاً .

(فإنه يقال) : إن عمل الحر لا يعد من الحقوق .

(١) هذا احد الحقوق التي لا يصح جعله عوضاً في البيع .

والحضانة بكسر الحاء وفتحها من حضن يحضن وزان نصر ينصر فهو متعد معناها جعل الصبي في الحضن

ويسمى تربية الطفل حضانة ، للملازمة بينها وبين تربيته .

وهذا الحق ليس قابلا للمعاوضة بالمال فلا يصح جعله ثمناً ولا مثمناً وكذا ليس قابلا للنقل حتى يقابل بالمال ، والبيع تمليك الغير .

(٢) هذا ثان الحقوق التي ليست قابلة للمعاوضة فلا يصح جعله ثمناً ,لا مثمناً في البيع ، وكذا ليس قابلا للنقل حتى يقابل بالمال ، والبيع تمليك الغير .

والولاية بكسر الواو وفتحها معناها السلطة على الطفل وتولي اموره

(٣) هذا ثالث الحقوق التي ليست قابلة للمعاوضة فلا يصح جعله ثمناً ولا مثمناً في البيع ، ولا قابلا للنقل حتى يقابل بالمال، والبيع تمليك الغير .

والشفعة بضم الشين وسكون الفاء وفتح العين وزان غرفة جمعها شفع وزان غرف معناها شرعاً استحقاق الشريك الواحد الحصة المبيعة لشريكه في الارض ، أو في الدار .

وللشفيع اخذ الشفعة فوراً بعد علمه بها بالثمن المسمى في متن العقد =

وحق الخيار (١) ، لأن (٢) البيع تمليك الغير .

= من غير أن يتعلق بالشريك شيء من المصاريف الاخرى .

(١) هذا رابع الحقوق التي ليست قابلة للمعاوضة ، ولا للنقل فلا يصح أن يجعل ثمناً في البيع ، للزومه تسلط المرء على نفسه .

خذ لذلك مثالاً :

لو اشترى من له الخيار شيئاً ممن عليه الخيار وجعل ثمن الشيء نفس الخيار الذي كان له فقد اصبح من عليه الخيار ذا حق على فسخ العقد ، حيث جاءت له القدرة والسلطة على الفسخ من قبل الشارع فيلزم حينئذ تسلط الانسان على نفسه وهو غير معقول .

ثم إن الخيار بكسر الخاء اسم مصدر من الاختيار معناه تسلط احد البايعين على فسخ العقد .

وهو على قسمين :

(احدهما) بجعل من الشارع وهي ستة :

خيار المجلس ، خيار العيب ، خيار الحيوان ، خيار الغبن ، خيار الرؤية ، خيار التأخير .

(ثانيهما) : بجعل احد المتبايعين ، أو كليهما الخيار لنفسه بواسطة الشرط في متن العقد .

وقد ذكر الشيخ جميع أقسام الخيار وأحكامه في كتاب الخيار من (المكاسب) وأسهب فيه ، ونحن عندما نقدم على طبعه إن شاء الله نعلق عليه حسب ما تقتضيه عباراته في الخيار قدس الله نفسه الزكية .

وأما الشفعة فراجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة . الجزء ٤ من ص ٣٩٦ الى ص ٤١٧ .

(٢) تعليل لعدم وقوع الحقوق المذكورة عوضاً ولا معوضاً في البيع

ولا ينتقض (١) ببيع الدين على من هو عليه ، لأنه (٢) لا مانع

---

(١) اي التعليل المذكور وهو قوله : لأن البيع تمليك الغير .

خلاصة هذا النقض أنكم قلتم : إن الحقوق المذكورة لا تصح جعلها عوضاً ولا معوضاً في البيع ، لعدم قابليتها للمعاوضة بالمال ، لأن البيع تمليك الغير ، وفي الحقوق ليس شيء حتى يملكه الغير .

ونحن نرى بالعيان أن الفقهاء أفتوا بجواز بيع الدين على المدين ونفس العلة والمناط : وهو عدم القابلية موجودة في بيع الدين على من هو عليه الدين ، مع أنه ليس شيء موجود حتى يباع ويملكه الآخر .

فما تقولون هنا ؟

وأما بيع الدين على المدين فخذ لذلك مثالاً :

كانت ذمة زيد مشغولة لعمرو بمبلغ يساوي مائة دينار ثم باع الدائن هذا الدين بمبلغ قدره تسعون ديناراً فقبل المشتري ذلك واشتراه منه فتسقط ذمة المدين عن الدين المذكور ، لأن الدائن ببيعه طلبه هذا للمدين فقد أسقط ما في ذمته ، واذا سقط ما في ذمته فلا يبقى عليها شيء حتى يملكه الدائن للمدين ويبيعه عليه ، فالقول بالجواز خرم للقاعدة المذكورة : وهو إن البيع تمليك الغير .

(٢) هذا جواب من الشيخ عن الانتقاض المذكور

وخلاصته : أن سقوط ما في ذمة المدين التي اشتغلت للدائن فرع تملكه للدين حتى يصدق السقوط فاذا ثبت التملك ثبت السقوط ، وإلا فلا

ففيما نحن فيه وهو بيع الدين على من هو عليه الدين يملك الدائن طلبه الذي بذمة زيد المدين لزيد فيتملكه المدين بعد الشراء فتبرأ ذمته عن الدين فيسقط حق الدائن فيصدق مفهوم البيع في حق المدين ولا تنخرم القاعدة الكلية أبداً فهي بحالها كما كانت عليه ، لعدم المانع من اجتماع التمليك والسقوط =

من كونه تمليكاً فيسقط ، ولذا (١) جعل الشهيد في قواعده الإبراء مردداً بين الإسقاط والتمليك

والحاصل (٢) : أنه يعقل أن يكون مالكاً لما في ذمته فيؤثر تمليكه

= فيصح تفرع أحدهما على الآخر كما هنا .

نعم يمكن أن يكون اجتماع التمليك والسقوط موجباً للالتباس والإشتباه فيقال : بانخرام القاعدة المذكورة .

لكنه بعد التأمل الدقيق يرتفع الاشتباه ، حيث لا مانع من اجتماع التمليك والسقوط كما عرفت آنفاً .

(١) اي ولاجل أنه لا مانع من اجتماع التمليك والسقوط ، وأن بيع الدين على من هو عليه : هو مفهوم البيع : جعل (الشهيد الاول) : الإبراء ، اي إبراء ذمة المدين عن الدين مردداً بين التمليك والإسقاط : بمعنى أن الإبراء إنما يتحقق في الخارج بعد تمليك الدائن طلبه للمدين ثم إسقاط ذمته عنه ، فحصوله متوقف على الامرين لا محالة بحيث لو لم يكن التمليك لم يحصل السقوط ، ولو لم يحصل السقوط لم يحصل الإبراء.

ثم إنه من الإمكان أن يكون مراد (الشهيد) من جعل الابراء مردداً بين الإسقاط والتمليك : أن الابراء على قسمين :

التمليك والإسقاط ، اي معنى إبراء الدائن ذمة المدين هو تمليك الدائن المدين أولاً ثم يؤثر هذا التمليك في سقوط ما في ذمة المدين فيسقط ماذمته من الدين قهراً فلا يجتمع التمليك والسقوط حتى يقال : كيف يعقل ذلك.

(٢) اي وقد تحصل من مجموع ما قلناه في حق الشفعة والخيار والحضانة والولاية : من عدم وقوعها عوضا ، لعدم قابليتها للمعاوضة والنقل ، لاستلزام الوقوع عدم التعلل والاستحالة المذكورة .

ومن مجموع ما قلناه في إمكان بيع الدين على من هو عليه الدين =

السقوط ، ولا يعقل أن يتسلط على نفسه .

والسر (١) أن الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد ، بخلاف الملك ، فإنه نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه فافهم (٢) .

= لامكان تملك المدين ما في ذمته بالبيع ثم سقوط مافي الذمة عن الدين قهراً بعد التملك من دون لزوم محذور في البين : الفرق بين الحقوق المذكورة ، وبين بيع الدين ، حيث إنه لا يعقل جعل الحقوق المذكورة عوضاً في البيع ، ويعقل بيع الدين على من هو عليه الدين بعد تملك المدين مافي ذمته ، وسقوط ما في ذمته بتمليك الدائن له .

(١) تعليل لامكان بيع الدين على من هو عليه ، وعدم تعقل جعل الحقوق عوضاً، اي العلة في ذلك .

وخلاصة التعليل : أن الحق سلطة وقدرة فعلية له طرفان وهما : من له الحق ، ومن عليه الحق .

ومن الواضح أنه لابد في تحققها في الخارج بقيامها بشخصين فلا يمكن قيامها بشخص واحد ، وإلا لزم الاتحاد وهو مستحيل .

بخلاف الملك ، فإنه نسبة بين المالك والمملوك وهذه النسبة لا تحتاج في تحققها في الخارج الى من يملك عليه حتى لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد سواء قلنا : إن الملكية من الامور الواقعية المتأصلة التي لها حقيقة كشف عنها الشارع ، ام قلنا : إنها من الامور المجعولة المفتعلة من العرف أو الشرع فنفس علقة الملكية كافية في تحقق الملك في الخارج فلا مانع من اتحادهما ، ولا يلزم استحالة .

(٢) لعل المراد أن شراء بعض الحقوق كحق الشفعة والخيار معناه إسقاطه فلا مجال لتوهم تسليط المشتري على نفسه حتى يقال : إنه امر غير معقول .

وأما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير (١) ، ونحوه (٢) فهي وإن قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح إلا أن في جواز وقوعها (٣) عوضاً في المبيع اشكالاً : من (٤) اخذ المال في عوضي المبايعة لغة (٥) وعرفاً (٦) ، مع (٧) ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط ،

---

(١) التحجير عبارة عن حيازة انسان ارضاً من الأراضي المفتوحة عنوة المشتركة بين المسلمين تبلغ مساحتها خمسين كيلو متراً فرضاً ، ثم يحجر جوانبه الاربعة بمقدار يصدق عليه التحجير مع قصد التحجير فيكون هذا الحائز أولى من الآخرين بهذا المكان المحجر في التصرف فليس لاحد أن يتصرف في المكان إلا باجازة الحائز واذنه ، لأن التحجير مع القصد هو الموجب للملكية الناشئة من حق الاختصاص .

وقد سبق الاشارة الى حق الاختصاص في الجزء ١ من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة ص ٢٨٦ - ٢٩١ - ٢٩٢، وفي الجزء ٢ . ص ١٥٤ .

(٢) كحق السبق والأولوية في الأماكن العامة مثل الحسينيات والمساجد والحرم والأروقة للأئمة الأطهار صلوات الله عليهم ، والمدارس الدينية فإن شخصاً لو سبق الى هذه الأماكن فهو أولى من الآخرين ، وليس لهم دفعه عن مكانه والجلوس فيه ، فلو صلى فيه الآخر بطلت صلاته .

(٣) اي وقوع هذه الحقوق عوضاً في المبيع كما عرفت .

(٤) كلمة من بيان لكيفية ورود الاشكال في وقوع حق التحجير وحق السبق عوضاً في المبيع ، وقد ذكر الشيخ الاشكال في المتن فلا نعيده .

(٥) كما افاده صاحب المنير بقوله في ص٧ : البيع مبادلة مال بمال

(٦) حيث إنهم يفهمون من البيع أنه مبادلة مال بمال .

فالمال مأخوذ في مفهوم البيع على كل حال .

(٧) اي وبالاضافة الى دلالة اللغة والعرف على اخذ المال في مفهوم=

العوضين (١) ولما يصح أن يكون اجرة (٢) في الاجارة :

= البيع: لنا دليل آخر على عدم جواز وقوع حق التحجير ، وحق السبق عوضاً في البيع وإن كانا قابلين للنقل .

وذاك الدليل هو تصريح الفقهاء في حصر الثمن في المال في موضعين من أبواب الفقه .

(احدهما) في المبيع حيث ذكروا عند شرائط العوضين : أنه لابد من كون العوضين مما يتمول .

(ثانيهما) : في الاجارة ، حيث قالوا : لابد أن تكون الاجرة في الاجارة مما يتمول .

فهذا التصريح يتنافى وجعل حق التحجير ، وحق السبق عوضاً في المبيع ، حيث إنهما ليسا مالا حتى يصح جعلهما عوضاً وان كانا قابلين للنقل.

ولا يخفى أنه بناءً على كونهما قابلين للانتقال لِمَ لا يصح جعلهما عوضاً ؟

اللهم إلا أن يراد من المال النقود والعرض .

(١) هذا هو الموضع الاول من الموضعين الذين اشرنا اليه بقولنا : احدهما في المبيع .

(٢) هذا هو الموضع الثاني من الموضعين الذين اشرنا اليه بقولنا : ثانيهما في الاجارة .

فعلى ضوء ما ذكره الشيـــخ ظهر لك أن الحقوق حسب تقسيمه على ثلاثة أقسام :

(الاول) : ما لا يقبل المعاوضة بالمال فلا يصح جعله عوضاً كحق الحضانة والولاية ، فإنه لا يعوض بالمال

نعم يمكن جعله مجاناً كما لو طلقت المرأة ولها ولد صغير فتأخذه امرأة اخرى وتحضنه مجاناً .

=

في حصر (١) الثمن في المال .

ثم الظاهر (٢) أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية (٣) ، ولامتشرعية

- (الثاني) : ما لا يقبل المعاوضة ولا النقل فلا يصح جعله عوضاً فلا يقابل بالمال لا مجاناً ولا عوضاً كحق الشفعة والخيار ، للزوم المحذور المذكور : من تسلط المرأ على نفسه وهو قبيح .

(الثالث) : ما يقبل الانتقال فيقابل ، مجاناً ، وبالعوض كحق التحجير وحق السبق والأولوية .

(١) الجار والمجرور متعلق بقوله : مع ظهور .

(٢) اي من كلمات الفقهاء ، والأخبار .

(٣) لا بأس باشارة إجمالية الى الحقيقة الشرعية ومعناها .

فنقول : لا شك في وجود الحقائق اللغوية ، وأن الألفاظ الموجودة باللغات المختلفة موضوعة للماهيات الخارجية .

خذ لذلك مثالا .

إن لفظة (ماء) قد وضعها الواضع العربي للجسم السيال البارد بالطبع .

ولفظة (زيد) للهيكل الخارجي المعبر عنه بالحيوان الناطق، مع قطع النظر عن الصفات الطارئة على المسمى كالعذب ، أو أنه ملح اجاج وكالسواد والبياض ، والطول والقصر ، وغير هذه من الصفات .

وهكذا في بقية اللغات المنتشرة في العالم اجمع ، فإن واضعها قد وضع الألفاظ المستعملة في الماهيات الموجودة لمعانيها المتداولة ، بين أمته وأبناء قومه .

ولا شك أن هذا الواضع واحد يتبعه جيل من الناس من اهل لسانه وبيئته . -

بل هو باق على معناه العرفي كما سنوضحه ان شاء الله تعالى .

- ثم الوضع إما تعييني ، أو تعيني .

والاول يحصل بجعل لفظ خاص بازاء معنى خاص كما في وضع لفظ زيد للهيكل الخارجي وتخصيصه به .

أو معنى عام كوضع لفظ انسان بازاء معنى عام وهو (الحيوان الناطق) :

والثاني وهو (الوضع التعيني) : يحصل بكثرة استعمال اللفظ في معنى بحيث يألف الذهن منه ، ويبلغ الى حد كلما ذكر اللفظ تبادر منه المعنى المذكور الذي استعمل اللفظ فيه .

ثم الوضع على اربعة أقسام

(الاول : الوضع الخاص والموضوع له الخاص) كوضع لفظ زيد باعتبار معنى جزئي : وهو الهيكل الخارجي الخاص .

(الثاني : الوضع العام والموضوع له العام) وهذا يكون المتصور فيه كلياً بنفسه ، لا بوجهه .

الثالث : الوضع العام والموضوع له الخاص) اي يكون المتصور كلياً والموضوع له أفراد ذلك الكلي ، لا نفسه .

بعبارة اخرى أن الموضوع له جزئي غير متصور بنفسه ، بل بوجهه.

(الرابع : الوضع الخاص والموضوع له العام) اي يكون المتصور جزئياً ، والموضوع له كلياً لذلك الجزئي

لا شك في استحالة قسم الرابع ، لأن القول بذلك مستلزم للقول بامكان وقوع الخاص وجهاً ومرآة وعنواناً للعام ، لأننا قلنا : إنه لابد أن يتصور المعنى الموضوع له حين الوضع بنفسه ، أو بوجهه ، لاستحالة الحكم على المجهول .

-

. . . .

= والمفروض في هـذا القسم أن المعنى الموضوع له لم يكن متصوراً وإنما المتصور هو الخاص لاغير ، ولو كان بنفسه ولو بسبب تصور الخاص لعد من القسم الثاني الذي هو الوضع العام والموضوع له العام .

ولا كلام في إمكان القسم الثاني ووقوعه .

وأما القسم الثالث وهو الوضع العام والموضوع له الخاص فهو ممكن وواقع وقـد مثلوا له بالحروف الجـارة ، وأسماء الاشـارة ، والضمائر والموصولات ، وأدوات الاستفهام .

لكن ذهب (صاحب الكفاية) إلى أن الوضع والموضوع له والمستعمل فيه في الحروف وما ذكر من الأسماء عام والخصوصية إنمـا جاءت ونشأت من ناحية الاستعمال .

ثم أورد هو على مقالته هذه فقال : إنه بناءً على ذلك لم يبق فرق بين الأسماء والحروف فيجوز استعمال لفظة الابتداء الاسمي في من الحرفية الابتدائية ، وبالعكس ، والحال أن الاسم معناه استقلالي ، والحرف معناه آلي

فأجاب عن الاشكال بعدم جواز استعمال كل منهما مكان الآخر ، حيث إن الاسم وضع ليستعمل في معناه إذا لوحظ مستقلاً بنفسه .

والحرف إنما وضع ليستعمل في معناه إذا لوحظ آلة وحالة لغيره .

وقد اشبعنا الكلام في شرحنا على الكفاية (دراسات في اصول الفقه) الجزء ١ . من ص ٣٠ الى ص ٣٨ . فراجع .

ثم إن للبحث صلة طويلة لا يناسب المقام ذكرها هنا ، وإنما ذكرنا هذا المختصر ، ليكون القاريء الكريم على بصيرة تامـة على الاصطلاحات الدارجة في الكتب الاصولية .

هذا كله في الحقائق اللغوية . =

. . . .

= وأما الحقائق العرفية فكذلك لا شك في وجودها وتحققها في الخارج كانفاقهم على القيام لمن ورد في المجالس مثلاً .

وأما الحقائق الشرعية ، أي الماهيات المختلفة المجعولة من قبله كماهية الصلاة المركبة من شروط وأجزاء بما لها من شروط وأجزاء فمما لا شك فيه أن الصلاة بالكيفية المذكورة ، وكذلك بقيـة العبادات والمعاملات من العقود والايقاعات بالكيفية الخاصة إنما جاءت من قبل الشارع المقدس ولم تكن بمثابة الماهيات المفتعلة من أرباب الشرائع والأديان في الأزمنـة السابقة ، والعصور الغابرة وإن كانت موجودة في زمانهم والناس مكلفون باتيانهـا

خذ لذلك مثالاً :

الصلاة عند الشريعة الاسلامية لها شروط وهي الطهارة : من التوضؤ بالكيفية الخاصة المذكورة في الكتب الفقهية ، واباحة الماء ، والمكان ، والعلم بدخول وقت الصلاة ، وبالقبلة .

وأجزاء : من النية والتكبيرة والقراءة والقيام والركوع والسجود والتشهد والتسليم فهذه الأجزاء والشرائط اخترعها الشارع وجاء بها للناس من قبل الباري عز وجل .

ثم لا شك في تبادر هذه المعاني من الصلاة ، وغير هـذه المعاني من غير الصلاة : من بقية العبادات والمعاملات عند اطلاقها عند المتشرعين .

فلو قال زيد لعمرو : صل يتبادر إلى ذهن عمرو الصلاة بالكيفيـة التي ذكرناها لك من الأجزاء والشرائط .

وإنما الكلام في أن الشارع هل له عرف خاص كعرف أهل اللغة وعرف أهل الآفاق في وضع هذه الألفاظ لتلك المعاني بوضع خاص =

. . . .

= مستقل على حدة : بأن قال :

أيتها الامة المسلمة إني وضعت لفظة الصلاة التي كانت موضوعة لمطلق الدعاء لهذه الماهية المركبة من الأجزاء والشرائط .

وكذا وضعت لفظ الصوم الذي كان موضوعاً لمطلق الإمساك : للإمساك الخاص المعين زماناً وشروطاً

وهكذا لفظة الزكاة التي كانت موضوعة لمطلق النماء وضعتها للنمو الخاص المعين تحت شروط وقيود خاصة .

وكذا لفظ الحج الذي كان موضوعاً لمطلق القصد : وضعته للقصد الخاص تحت شروط وقيود خاصة .

وهكذا بقية الماهيات المخترعة : من العبادات والمعاملات : من العقود والايقاعات .

ومن الماهيات الموجودة في الخارج لفظة البيع ولا شك في أن الشارع قد استعمل لفظة البيع في ماهية خاصة بما لها من قيود وشرائط : من كمال المتعاقدين من حيث البلوغ والعقل والاختيار .

ومن معلومية العوضين : من حيث القدر والجنس والوصف بعد العلم بأن الواضع قد وضعها لمطلق مبادلة مال بمال ، وللنقل والانتقال بأي وجه حصل ، سواء أكان المتعاقدان بالغين أم لا ، عاقلين ام لا ، مختارين أم لا وسواء أكان العوضان معلومين أم لا .

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن الشيخ وكثيراً من الأعلام الذين بلغوا القمة في التحقيق أنكروا الحقائق الشرعية ، أي وضع الألفاظ الواردة في العبادات والمعاملات لتلك الماهيات المخترعة ، والحقائق المجعولة بالوضع التعييني بالكيفية التي ذكرناها لك .

بل الألفاظ المذكورة باقية على معانيها العرفية وهي مبادلة مال بمال من دون أن يتصوروا تلك الماهيات بما لها من شرائط وأجزاء . =

إلا أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اختلفوا في تعريفه (١) .

ففي المبسوط والتذكرة وغيرهما : انتقال عين من شخص (٢) إلى غيره (٣) بعوض مقدر على وجه التراضي (٤) .

وحيث إن في هذا التعريف مسامحة (٥) واضحة عدل آخرون إلى تعريفه : بالايجاب (٦) والقبول (٧) الدالين على الانتقال .

= نعم لا شك في استعمال الشارع الألفاظ المذكورة في تلك المعاني لكنه لم يعلم كيفية استعماله لها هل كان بنحو النقل بأن قال · نقلت لفظة الصلاة مثلاً الموضوعة للدعاء ووضعتها لهذه الصلاة بما لها من أجزاء وشرائط .

أو غلب هذا الاستعمال في زمانه واشتهر حتى أفاد بغير قرينة ؟

ثم لا يخفى عليك أنه بناءً على ما أفاده الشيخ : من بقاء تلك الألفاظ على معانيها العرفية لو شككنا في شرطية شيء ، أو جزئيته نجري أصالة البراءة .

وأما إذا قلنا بالحقيقة الشرعية فلابد من الاتيان بها عند الشك فيها .

(١) أي في تعريف البيع .

(٢) وهو البايع .

(٣) وهو المشتري .

(٤) أي بين المتبايعين

(٥) وجه المسامحة أن الانتقال من آثار البيع المترتبة عليه ، فالبيع الذي هو النقل من قبل البايع موجب لحصول الانتقال الى المشتري بعد قبوله ذلك النقل فليس البيع هو الانتقال فهو من باب المطاوعة من باب كسرت الكوز فانكسرت .

(٦) أي من قبل البايع الذي ينشأ نقل المبيع الى المشتري .

(٧) أي من قبل المشتري الذي ينشأ نقل الثمن الى البايع .

وحيث (١) إن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجرداً ، أو بشرط قصد المعنى (٢) ، وإلا (٣) لم يعقل انشاؤه باللفظ : عدل جامع المقاصد إلى تعريفه (٤) : بنقل العين بالصيغة المخصوصة (٥) .

---

(١) هذا اشكال على التعريف الثاني .

وخلاصته : أن المقصود من لفظ بعت وقبلت مدلولها وهو النقل والانتقال ، لا مجرد لفظها مع قطع النظر عن دلالتها على المقصود المذكور.

(٢) أي وليس البيع من مقولة اللفظ بشرط قصد المعنى من اللفظ

(٣) أي ولو كان البيع من مقولة اللفظ المجرد عن قصد المعنى .

أو المركب من اللفظ والمعنى ! لم يعقل انشاء البيع باللفظ ، حيث إن النقل والانتقال لا يحصلان إلا بقصد المعنى فكيف يعقل انشاء ذلك باللفظ المجرد ، أو باللفظ مع قصد المعنى ، فإن اللفظ لا ينشأ باللفظ .

ثم اعلم أن الصور الممكنة في البيع أربعة :

(الاولى) : أن يكون البيع من مقولة المعنى فقط ، وليس للفظ في ايجاده مدخلية أبداً ، سوى أنه معبر عن المعنى ، ولذا لو أمكن التعبير عنه بغير اللفظ لجاز ذلك كما في بيع المعاطاتي .

(الثانية) : أن يكون من مقولة اللفظ المجرد عن المعنى .

وهذا قطعي الانتفاء :

(الثالثة) : أنه من مقولة اللفظ بشرط قصد المعنى .

(الرابعة) : أنه من مقولة المعنى بشرط التعبير به عن اللفظ .

وفي الصورة الثالثة والرابعة لا يمكن تصحيح المعاطاة في البيع .

(٤) أي تعريف البيع .

(٥) وهو الايجاب والقبول الدالين على النقل والانتقال بلفظ بعت وقبلت .

وهذا ينطبق على الصورة الرابعة فقط .

ويرد عليه (١) مع (٢) أن النقل ليس مرادفاً للبيع ، ولذا (٣) صرح في التذكرة بأن ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت ، وجعله من الكنايات (٤) وأن (٥) المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة : أن (٦) النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل انشاؤه بالصيغة .

---

(١) أي ويرد على تعريف المحقق الكركي البيع بأنه نقل العين بالصيغة المخصوصة .

(٢) اي وبالاضافة الى أن النقل ليس مرادفاً للبيـــع ، حيث إن النقل يشمل الصلـــح على القول بأنه عقد مستقل ، ويشمل الهبة ، سواء أكانت معوضة ام لا .

(٣) اي ولاجل أن النقل ليس مرادفاً للبيع ، حيث إنه أعم من البيع لشموله الصلح والهبة المعوضة وغيرها .

(٤) جمع كناية بكسر الكاف مصدر كنى يكني معناه في الاصطلاح التعبير عن شيء معين بلفظ غير صريح في الدلالة على ذلك الشيء المعين .

وإنما يؤتى بالكنايـــة لغرض من الأغراض العقلائيـــة كالايهـــام على السامعين مثلا .

ثم التعبير عن الشيء المعين بلفظ غير صريح قد يكون بذكر لوازم ووسائط كثـــيرة كقولك : زيد كثير الرماد ، فإن كثرة الرماد تـــدل على كثرة الطبخ ، وكثرة الطبخ تدل على كثرة الضيوف والواردين ، وكثرة الواردين تدل على كرم زيد وجوده الذي هو المقصود الاصلي من الكناية

(٥) اي ويرد على تعريف (المحقق الكركي) ايضـــا أن المعاطاة عنده بيع مع أنه خال عن الصيغة .

(٦) هذه الجملة (أن النقل) مرفوعـــة محلا فاعل لقوله : ويرد عليه ، اي ويرد على المحقق مضافاً الى ما ذكر من الايرادين وهما : عدم

ولا يندفع (١) هذا : بأن المراد من البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة ، فجعله (٢) مدلول الصيغة اشارة إلى تعيين ذلك الفـرد (٣) من النقل ، لا أنه (٤) مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بعت نقلت

= كون النقل مرادفاً للبيع ، وكون المعاطاة عنده بيعاً : أن النقل بالصيغة لا يعقل انشاؤه بالصيغة ، لدخول انشاء الصيغة في مفهوم البيع في تعريف المحقق بقوله : (إن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة) والحال أن الصيغة لا تأتي الا باللفظ فكيف يعقل انشاء اللفظ باللفظ .

والمراد من الصيغة المخصوصة : خصوص الانشاء بلفظ بعت .

(١) اي ولا يندفع ايرادنا على المحقق : بأن البيع لا يعقـل انشاؤه بالصيغة : بما ذكره الدافع .

وخلاصة ما ذكره الدافع عن الايراد : أن مراد (المحقق الكركي) من النقل في تعريفه البيع : إن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة : نفس النقـل الذي هو مدلول الصيغة ، وليس للإنشاء دخل في مفهوم البيع حتى يرد عليه ما ذكر : من عدم تعقل انشاء البيـع بالصيغة ، بل البيـع يتحقق ولو من دون ذكر الصيغة كما في المعاطاة ، وإنما جعل البيع مدلول الصيغة الذي ينشأ بالصيغة : إشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل الذي هو البيع المنشأ بالصيغة من قبل البايع .

(٢) اي البيع كما عرفت آنفاً .

(٣) وهو البيع الذي يقع بانشاء الصيغة من قبل البايع كما عرفت آنفاً

(٤) اي لا أن الانشاء له دخل في مفهوم البيـع وأنه مأخوذ فيه حتى يرد على المحقق ما ذكر : من أنه يلزم انشاء نقـل الصيغة بالصيغة حتى يقال : إنه غير معقول كما عرفت آنفاً .

بالصيغة ، لأنه (١) ان اريد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور ، لأن المقصود معرفة مادة بعت .

---

(١) جواب من الشيخ عن الدفاع المذكور الذي دافع عن المحقق .

وخلاصة الرد : أن (المحقق الكركي) إن اراد من الصيغةالمخصوصة في قوله : (البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة) : خصوص لفظ بعت لزم الدور ، لوقوع المعرف بالفتح الذي هو لفظ البيع في قوله : البيع نقل العين معرفا بالكسر ، اي عرف البيع بالبيع ، كأنه قال هكذا :

البيع نقل العين بالبيع فيلزم حينئذ (الدور الباطل) ، وهو توقف الشيء على نفسه .

وإن اراد من الصيغة المخصوصة في قوله : البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة) الأعم من البيع بحيث يشمل التمليك : وجب الاقتصار على مجرد التّمليك والنقل فيؤتى بالصيغة المفيدة للنقل والتّمليك .

ومعنى الدور هو توقف الشيء على نفسه كتوقف وجود الالف على الباء والباء على وجود الالف، وأقسام الدور ثلاثة .

(الاول) : الدور المصرح وهو توقف الشيء على نفسه بلا واسطة في البين كما عرفت في المثال المذكور عند تعريف معنى الدور ، فإن توقف الالف على الباء ، والباء على الالف نتيجته توقف الشيء على نفسه بغير واسطة .

وهذا الدور باطل ، لأن معنى توقف الالف على الباء : أن الباء مقدم وجوداً على الالف ، ومعنى توقف الباء على الالف : أن الالف مقدم وجوداً على الباء فالنتيجة أن الألف متوقف على الالف فيلزم خلف الفرض ، حيث كان الفرض أن الالف متوقف على الباء ، لا على الالف حتى يلزم توقف الشيء على نفسه .	=

وإن اريد بها (١) مايشمل ملكت وجب الاقتصار على مجرد التمليك والنقل (٢) .

فالأولى (٣) تعريفه : بأنه انشاء تمليك عين بمال ، ولا يلزم

= (الثاني) : الدور المضمر وهو كالاول في توقف الشيء على نفسه لكنه مع الواسطة .

سواء أكانت الواسطة واحدة كما في قولك : الألف متوقف على الباء والباء متوقف على الجيم ام متعددة كما في قولك :

الألف متوقف على الباء ، والباء متوقف على الجيم ، والجيم متوقف على الدال .

وهذا باطل ايضاً ، لعين الملاك الموجود في الاول .

(الثالث) : الدور المعي ، وهو عدم توقف الشيء على نفسه كما في توقف احدى اللبنتين على الاخرى ، فإنه لايلزم في هذا التوقف محذور توقف الشيء على نفسه كما في الأول والثاني .

وهذا ليس باطلا ، لعدم الاستحالة الموجودة في الاولين .

(١) أي بالصيغة المخصوصة المذكورة في قول المحقق : إن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة .

هذا هو الشق الثاني من ايراد الشيخ على تعريف المحقق الثاني البيع في قوله : البيع هو نقل العين بالصيغة المخصوصة .

(٢) اى يلغى التقييد بالصيغة في التعريف ، لعدم وجود خصوصية في مدلول ملكت حتى يتقيد بها النقل ، فينبغي أن يقال في تعريف البيع هكذا : البيع هو النقل أو التمليك اى الاتيان بصيغة مفيدة للنقل والتمليك .

(٣) هذا كلام الشيخ وهو يروم أن يعرف البيع بتعريف مخالف للتعاريف المتقدمة فقال : فالأولى أي المناسب في تعريف البيع أن يقال : =

عليه (١) شيء مما تقدم.

نعم (٢) يبقى عليه امور :

(منها) (٣) : أنه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت ، وإلا لم يكن مرادفا له

ويرده (٤) أنه الحق كما سيجيء

(ومنها) (٥) : أنه (٦) لايشمل بيع الدين على من هو عليه ،

= إن البيع إنشاء تمليك عين بمال .

(١) اي ولا يرد على تعريفنا البيع : بأنه انشاء تمليك عين بمال أي اشكال من الاشكالات الواردة على تعاريف القوم .

(٢) استدراك عما افاده : من عدم ورود اشكال على تعريفنا البيع : بأنه انشاء تمليك اي نعم يبقى على تعريفنا بعض الامور ترتقى الى خمسة قد ذكرها الشيخ بقوله : منها ومنها ومنها ومنها ومنها .

(٣) أي من بعض تلك الامور الواردة على تعريفنا البيع بأنه انشاء تمليك عين بمال .

هذا هو الامر الاول من الامور الخمسة

وخلاصته أن لازم هذا التعريف جواز انشاء البيع وايجاده بلفظ ملكت ، حيث قال : البيع انشاء تمليك عين .

(٤) اي ويرد هذا الاشكال ، أن انشاء البيع وايجاده بلفظ ملكت هو الحق كما يأتي في قوله في ص ٥١ : ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان أخر ، غير ما ذكر : احدها التمليك المذكور .

(٥) أي ومن بعض تلك الامور :

هذا هو الامر الثاني من الامور الخمسة .

(٦) أي التعريف المذكور للبيع لايشمل بيع الدين على من هو عليه وهو المدين.

لأن الانسان لايملك مالاً على نفسه .

وفيه (١) مع ما عرفت و ستعرف : من تعقل تملك ما على نفسه ورجوعه (٢)

---

(١) أي وفي عدم شمول تعريفنا البيع بيع الدين على من هو عليه الدين نظر واشكال .

والنظر هذا مشتمل على دليلين .

(الاول) : أنه بالإضافة الى ماعرفت في ص ١٨-١٩ :من أن تملك الانسان مالاً على نفسه وما في ذمته امر معقول .

(الثاني) : أنه بالاضافة الى أن هذا النوع من التملك مآله الى سقوط مافي الذمة عن الدين ، لأنه نظير التهاتر القهري الذي هو عبارة عن ثبوت طلب لشخص بذمة زيد قدره مائة دينار فباع زيد للدائن مائة طن من الحنطة بمبلغ قدره مائة دينار فاشتغلت ذمة كل واحد من الدائن والمدين الذي هو البايع بمثل ما اشتغلت ذمة الآخر وهي مائة دينار ، فإن الدائن اشتغلت ذمته بثمن الحنطة ، والمدين اشتغلت ذمته بالدين الذى جاء من قبل الدائن فتسقط ذمة كل واحد منهما سقوطاً قهرياً يسمى (بالتهاتر) :

أن تمليك الدائن دينه للمدين ، وتملك المدين لما في ذمته من قبل الدائن لو لم يكن امراً معقولا لم يعقل البيع اصلا وابداً ، اذ ليس للبيع لغة مفهوم سوى مبادلة مال بمال كما عرفت في تعريفه عن صاحب مصباح المنير في ص ٩

وكذا ليس له مفهوم سوى النقل والتمليك والتعويض .

(٢) بالجر عطفاً على مجرور (من الجارة) في قوله : من تعقل أي ومن رجوع بيع الدين على من هو عليه الدين . =

الى سقوطه عنه نظير (١) تملك ماهو مساو لما في ذمته ، وسقوطه بالتهاتر (٢) : أنه (٣) لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع ، اذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنى غير المبادلة والنقل والتمليك ، وما يساويها من الألفاظ (٤) ، ولذا (٥) قال فخر الدين (٦) : إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري ، فاذا لم يعقل ملكية مافي ذمة نفسه (٧) لم يعقل شيء مما يساويها (٨)

= هذا هو الدليل الثاني وقد عرفته عند قولنا في ص ٣٥ : الثاني أنه بالاضافة الى أن .

(١) هذا تنظير لإمكان تعقل تملك الانسان ماعلى ذمته وفي نفسه وقد عرفت خلاصته في الدليل الثاني في ص ٣٥ .

(٢) مصدر باب المفاعلة من تهاتر يتهاتر ، ومعناه السقوط القهري كما عرفت .

(٣) جملة أنه لو لم يعقل مرفوعة محلا على أنها مبتدأ مؤخر خبره قوله : وفيه وقد عرفت معناه في الدليل الثاني .

(٤) كالمعاوضة .

(٥) أي ولاجل أنه ليس للبيع مفهوم لغة وعرفاً سوى المبادلة والنقل والتمليك .

(٦) هو نجل العلامة الحلي يأتي شرح حياته في أعلام المكاسب .

(٧) مرجع الضمير المشتري المدين الذي يشتري طلب الدائن المستقر في ذمته بمبلغ أقل من ذلك .

(٨) أي يساوي الملكية ، لأن من لوازم النقل والمبادلة الملكية ، بل النقل عين التمليك .

فلا يعقل البيع (١) .

(ومنها) (٢) : أنه يشمل التمليك بالمعاطاة ، مع حكم المشهور ، بل دعوى الاجماع على أنها ليست بيعاً .

وفيه (٣) ماسيجيء : من كون المعاطاة بيعاً ، وأن مراد النافين نفي صحته (٤) .

(ومنها) (٥) : صدقه على الشراء ، فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع .

وفيه (٦) أن التمليك فيه ضمني وإنما حقيقته التملك بعوض ،

---

(١) لأنك قد عرفت أنه ليس للبيع مفهوم لغة وعرفاً سوى المبادلة

(٢) هـذا هو الامر الثالث من الامور الخمسة المذكورة الباقية على تعريف الشيخ البيع .

(٣) هذا جواب عن الأمر الثالث

وخلاصته أن المعاطاة هو البيع بعينه مشتمل على كل مايشمله البيع سوى الصيغة وهو الايجاب والقبول .

(٤) أي صحة المعاطاة : بمعنى أن مرادهم من نفي البيع عن المعاطاة نفي الصحة عنه ؛ لا نفي اصل بيعيته ، اى المعاطاة الفاقدة للصيغة فاقدة للصحة .

(٥) هـذا هو الأمر الرابع من الامور الخمسة المذكورة الباقية على تعريف الشيخ البيع .

(٦) هذا جواب عن الأمر الرابع .

وخلاصته : أن تمليك المشتري ماله وسلعته للبايع انما هو ضمني أي في ضمن تمليك البايع ماله للمشتري ، لاتمليك استقلالي مباشري =

ولذا (١) لا يجوز الشراء بلفظ ملكّت تقدم على الايجاب أو تأخر (٢) وبه (٣) يظهر اندفاع الايراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين ، حيث (٤) إن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمال أعني المنفعة .

= لأن المشتري بقبوله المبيع ازاء مادفعه للبايع فقد اصبح البايع مالكاً للثمن

فحقيقة الشراء في الواقع هو التملك بعوض وهذا لايحتاج الى التمليك المباشري الاستقلالي .

(١) اي ولأجل أن حقيقة الشراء هو التملك بعوض .

(٢) وجه عدم جواز الشراء بلفظ ملكت مشددة أنه تمليك بدوي استقلالي ، لاضمني والحال أن الشراء تمليك ضمني .

ولا يخفى أن عدم جواز الشراء بلفظ ملكت في صورة تأخر ملكت عن الايجاب محل تأمل .

(٣) أي وبما قلنا : من أن التمليك في الشراء ضمنى ، لامباشري استقلالي يظهر اندفاع النقض الوارد على تعريفنا البيع : بأنه انشاء تمليك عين بمال .

وخلاصة النقض : أنه لو استأجر شخص عيناً بعين : بأن استأجر داراً من زيد ودفع في مقابل ثمنها داراً له بمدة معينة قبال المدة المستأجرة من زيد فيصدق هنا التعريف المذكور للبيع ؛ حيث إن مستأجر العين بالعين قد انشأ تمليك عين بمال فلا يكون التعريف مطرداً أي مانعاً للأغيار ومن شأن التعريف أن يكون مانعاً للأغيار وجامعاً للأفراد .

(٤) هذا جواب عن الانتقاض المذكور .

وخلاصته : أنه كما قلنا : إن التمليك في الشراء ضمني ، كذلك التمليك في الاستيجار ضمني ، لأن من يستأجر العين بالعين ويجعل العين =

(ومنها) (١) : انتقاض طرده بالصلح على العين بمال ، وبالهبة المعوضة .

وفيه (٢) أن حقيقة الصلح ولو تعلق بالعين ليست هو التمليك على وجه المقابلة والمعاوضة ، بل معناه الأصلي هو التسالم ، ولذا (٣) لا يتعدى

= ازاء العين المستأجرة يقبل منافع الدار الى مدة سنة كاملة ، وبهذا القبول تصبح العين التي هو عوض عن المنافع ملكاً للمؤجر الذي أجر عينه للمستأجر بازاء عينه ، فليس القبول من مستأجر العين بالعين تمليكاً مباشرياً للمؤجر ، بل تمليك ضمني كما في الشراء .

(١) هذا هو الامر الخامس من الامور الخمسة المذكورة .

وخلاصته أن التعريف المذكور منتقض بالصلح على العين ، وبالهبة المعوضة ، لأنه لو صالح زيد عمراً على عين ، أووهب شيئاً لعمرو بشرط أن يهب له شيئاً ازاء هبته له ، لصدق التعريف المذكور عليهما ، حيث إن المتصالح والواهب قد انشآ تمليك عين بمال بعد أن اوقعا الصلح على العين ، والهبة على العين المعوضة .

إذاً لايكون التعريف مانعاً للأغيار .

(٢) هذا جواب عن الأمر الخامس .

وخلاصته : أن حقيقة الصلح ليست هو التمليك على وجه المقابلة والمعاوضة وإن تعلق بالعين .

بل مفهومه هو التسالم بين المتخاصمين بتنازل احدهما للآخر ، فلفظ الصلح موضوع للتسالم لاغير ، لا للمعنى الذي ذكره القائل .

(٣) هذا دليل لكون الصلح موضوعاً للتسالم بين المتخاصمين .

وخلاصته : أن الدليل على ذلك أن لفظ الصلح لايتعدى بنفسه =

بنفسه الى المال .

نعم هو (١) متضمن للتمليك اذا تعلق بعين ، لا (٢) أنه نفسه والذي يدلك على هذا (٣) أن الصلح (٤) قد يتعلق بالمال عيناً ، أو منفعة (٥) فيفيد التمليك .

وقد يتعلق بالانتفاع (٦) فيفيد فائدة العارية وهو مجرد التسليط .

وقد يتعلق بالحقوق (٧) فيفيد الإسقاط ، أو الانتقال .

وقد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين (٨) كما في قول أحد الشريكين

= الى المال فلا يقال : صالحتك المال ، أو الدار ، بل يقال : صالحتك على كذا بتعديه بحرف الجار .

(١) أي الصلح

(٢) اى وليس الصلح نفس التمليك مباشرة واستقلالا ، بل يفيد التمليك ضمناً .

(٣) أي الذي يرشدك الى أن مفهوم الصلح هو التسالم فهو الموضوع له للصلح ، لا التمليك ، بل التمليك فيه ضمني .

من هنا يروم الشيخ أن يذكر مؤيدات لمدعاه :وهو أن مفهوم الصلح هو التسالم وقد ذكر له مؤيدات خمسة .

ونحن نذكرها واحداً بعد واحد تحت رقمه الخاص .

(٤) هذا هو المؤيد الاول لمدعاه .

(٥) هذا هو المؤيد الثاني لمدعاه .

(٦) هذا هو المؤيد الثالث لمدعاه .

(٧) هذا هو المؤيد الرابع لمدعاه .

(٨) هذا هو المؤيد الخامس لمدعاه . =

لصاحبه : صالحتك على أن يكون الربح لك والخسران عليك فيفيد مجرد التقرير ، فلو كانت حقيقـــة الصلح هي عين كل من هذه المعاني الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً وهو واضح البطلان (١) فـــلم يبق إلا أن يكون

- فرض المسألة في المؤيد الخامس هكذا :

شخصان قد اشتركا في مال قدره الف دينار مثلا ، ثم اتجرا فيـــه وربحا ، إلا أن الربح موزع بين الناس دينـــاً ، ثم ارادا فسخ الشركة فيقول احدهما للآخر :

اعطني مالي الذي شاركتـه مـع مالك فالربح لك والخسران عليك اى لست أنا مسؤلا عن الخسائر ، كما أني لست سائلا عن الأرباح .

وإنما يقول ذلك ويقدم عليه ، ليسلم ماله عن التلف فيتصالحان على ذلك ويقرران هذا الامر ، ويفسخان هذه الشركة .

وقد جاء الحديث الشريف طبق هذا . اليك نص الحديث .

عن (الصادق) عليه السلام في رجلين اشتركا في مال وربحا فيه ، وكان من المال دين ، وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه :

اعطني رأس المال ولك الربح ، وعليك التوى (١)

فقال : لابأس اذا اشترطا ، فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله عز وجل.

(وسائل الشيعـة) الجزء ١٣ . ص ١٦٥ . الباب ٤ من أحـــكام الصلح . الحديث ١

(١) للزومه تعدد الوضع والاصل عدمـه كما عليه علماء العربية ، -

---

(١) بالتاء المنقوطـة مشتق من توى يتوى توى وزان هوى يهـوى هوى معناه : الهلاك والتلف .

مفهومه معنى آخر : وهو التسالم فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب مايقتضيه متعلقه (١) .

فالصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمن التمليك ، لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو إنشاء التمليك .

ومن هنا (٢) لم يكن طلبه من الخصم اقراراً له ، بخلاف طلب التمليك (٣) .

وأما (٤) الهبة المعوضة والمراد بها هنا ما اشترط فيه العوض فليست

= لأن المتسالم عليه عندهم هو عدم الاشتراك في الأوضاع اللغوية .

(١) فان تعلق الصلح بالمال اقتضى تعلقه التمليك ، وكذا لو تعلق بالمنفعة .

وان تعلق بالانتفاع اقتضى العارية .

وهكذا في بقية ماتعلق به من المعاني المذكورة

(٢) أي ومن أن حقيقة الصلح ليست تمليك عين على وجه المقابلة والمعاوضة ، بل مفهومه هو التسالم والتوافق بين المتصالحين ، وتنازل من احدهما للآخر : لم يكن طلب الصلح من الخصم اقراراً منه على أن العين للخصم .

(٣) حيث إن طلب التمليك من الخصم إقرار منه : بأن المتنازع فيه ملك للخصم .

(٤) هذا وجه النظر من الشيخ في انتقاض التعريف المذكور للبيع بالهبة المعوضة .

وخلاصته : أن الهبة المعوضة التي اشترط فيها العوض في متن العقد نظير الهبة الغير المعوضة التي لم يشترط فيها العوض : في أنها تمليك =

انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة (١) ، وإلا (٢) لم يعقل تملك احدهما لاحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر (٣) مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة .

بل غاية الامر أن المتهب لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع في هبته .

= مستقل يقصد بها وقوعها عوضا عما يهبه صاحبه له فقط ، وليس في هذه الهبة المعوضة حقيقة المعاوضة والمقابلة كما كانت هذه الحقيقة موجودة في البيع ، حيث إن البايع بقوله : بعتك يقصد انتقال عينه الى المشتري بمجرد الايجاب ، والمشتري بقوله : قبلت يقصد انتقال ماله الذي هو الثمن الى البايع بمجرد القبول ، فلو تخلف احدهما عن سلعته بطل البيع .

فلو كان مفهوم الهبة المعوضة انشاء تمليك عين بمال على جهة المقابلة والمعاوضة لما صح تعقل تملك احد العوضين ، من دون تملك الواهب الآخر العوض الآخر ، مع أنه يصح تملك احدهما احد العوضين من دون تملك الآخر العوض الآخر .

نعم يبقى شيء واحد في هذه الحالة وهو رجوع الواهب عن هبته لو لم يؤدالمتهب العوض ، فالمتهب يملك الهبة سواء دفع العوض ام لا .

(١) ولربما يكون جعل العوض مقصوداً ، لاجل أن تكون الهبة لازمة كما اذا وهب زيد لصديقه شيئاً ثم اراد أن تكون لازمة فيطلب من الموهوب له عوضا جزئياً ، ليحصل الفرض وهي الهبة المعوضة .

(٢) أي ولو كانت الهبة المعوضة تمليكاً بعوض على جهة المقابلة كما هو الحال في البيع كما عرفت معنى هذا عندقولنا : فلو كان مفهوم الهبة المعوضة الى آخره .

(٣) لأنه بناء على أن مفهوم الهبة المعوضةهو التمليك علىجهة المقابلة =

فالظاهر (١) أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها : في (٢) كونه تمليكاً مستقلا يقصد به وقوعه عوضاً ، لا (٣) أن

= كما يقول القائل يكون تملك كل منهما العوض متوقفاً على تمليك كل منهما هبته ، مع أنه لم يحصل التمليك إلا من جانب واحد فقط .

والمفروض أن الواهب لم يملك العوض بمجرد تملك الموهوب له الهبة مادام لم يهب الموهوب له العوض الى الواهب كما هو ظاهر الفقهاء

نعم للواهب الرجوع في هبته لو لم يؤد الموهوب له العوض كما عرفت .

(١) الفاء جواب لأما في قوله : وأما الهبة المعوضة .

وقد عرفت الجواب في الهامش ٤ من ص ٤٢ عند قولنا : وخلاصته

(٢) كلمة (في الجارة) بيان لوجه الشبه بين الهبة المعوضة المشترط فيها التعويض في العقد .

وبين الهبة الغير المعوضة التي لم يشترط فيها التعويض .

وقد عرفت وجه الشبه في الهامش ٤ من ص ٤٢ عند قولنا: في أنها تمليك مستقل يقصد بها .

(٣) أي وليست حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين في الهبة المعوضة التي اشترط فيها العوض في متن العقد ، والهبة الغير المعوضة التي لم يشترط فيها العوض .

وقد عرفت وجه ذلك في الهامش ٣ من ص ٤٣ عند قولنا : فلو كان مفهوم الهبة المعوضة .

حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين كما يتضح ذلك (١) بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الاولى (٢).

فقد تحقق مما ذكرنا (٣) أن حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلا البيع ، فلو قال : ملكتك كذا بكذا كان بيعاً ولا يصح صلحاً ولا هبة معوضة وان قصدهما (٤) ، اذ (٥) التمليك على جهة المقابلة الحقيقية

---

(١) وهو أن حقيقة المعاوضة والمقابلة ليست مقصودة في كل من العوضين في الهبتين: الهبة المعوضة ، والهبة الغير المعوضة ، فإن الواهب الأول الذي تصدر منه الهبة الأولى لايقصد من هبته سوى كونها تمليكا مستقلا لايتوقف هذا التمليك على تمليك الطرف الآخر له العوض .

كما أن الواهب الثاني في الهبة الثانية كذلك .

ويسمى الواهب في الهبة الاولى المتهب الأول .

والواهب في الهبة الثانية المتهب الثاني .

(٢) وهي الصادرة من الواهب الأول

(٣) من أن مفهوم الصلح هو التسالم والتوافق ، ومفهوم الهبة المعوضة وغير المعوضة هو التمليك المستقل يقصد بهذا التعويض وقوعه عوضا لاغير

وليست حقيقة المعاوضة مقصودة في الصلح والهبة كما كانت مقصودة في البيع .

(٤) أي وإن قصد الصلح والهبة المعوضة ، وغير المعوضة من لفظ ملكتك الذي ليس صريحا فيهما ، بل يقع البيع به فقط .

(٥) تعليل لعدم وقوع الصلح ، والهبة المعوضة بلفظ ملكتك وان قصدهما به ؛ بل يقع البيع به .

وخلاصته : أن التمليك الواقع في قول القائل : ملكتك الدار مثلا القاصد به المقابلة الحقيقية : وهو انتقال كل من المثمن الى المشترى ، =

ليس صلحاً ، ولا هبة فلا يقعان به (١)

نعم (٢) لو قلنا بوقوعها بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققها مع قصدهما فما (٣) قيل : من أن البيع هو الأصل في تمليك الأعيان بالعوض

= والثمن الى البايع : ليس مفهوم الصلح ، والهبة المعوضة ، وغيرها ، اذ مفهوم الصلح كما عرفت هو التسالم ، ومفهوم الهبة المعوضة ، وغيرها هو التمليك المستقل .

(١) أي بلفظ ملكتك وان قصد الصلح والهبة المعوضة به .

(٢) استدراك عما افاده : من عدم وقوع الصلح ، والهبة المعوضة وغيرها بلفظ ملكتك وان قصدهما به .

وخلاصته : أنه لو قلنا بوقوع الصلح ، والهبة المعوضة ، وغيرها بغير اللفظ الصريح : وهو صالحتك ووهبتك من الألفاظ الكنائية كقولك : ملكتك فلابد من قصد الصلح والهبة من هذا اللفظ الغير الكنائى ، لأن هذا اللفظ صالح لوقوعه في البيع والصلح ، والهبة المعوضة ، وغيرها .

بخلاف لفظة باع وأية صيغة اشتقت من هذه المادة ، فإنها صريحة في البيع ولا يحتمل غيره منها .

وكذلك لفظة صالحتك ، فإنها صريحة في الصلح ، ولفظة وهبتك صريحة في الهبة ، ولا يحتمل غيرهما منها .

(٣) الفاء تفريع على مافاده : من أنه لابد من قصد الصلح والهبة من لفظة ملكتك لو قلنا بوقوعها بها ، حيث إنها صالحة للبيع والصلح والهبة ، لأنها من الألفاظ الكنائية ، وليست تخص البيع .

وخلاصته : أنه بعد أن عرفت ذلك فــلا مجال للقول باختصاص لفظة ملكتك بالبيع ، وأنه عنــد الشك في المراد منها هــل أنه البيع أو الصلح ، أو الهبة تحمل على البيع ، لتقدمه عليها وان قصد بها =

فيقدم على الصلح والهبة المعوضة : محل (١) تأمل ، بل (٢) منع ،لما (٣) عرفت: من أن تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لاغير .

= الصلح والهبة ، لجريان الاصل العقلائي ، حيث إن العقلاء يقدمون البيع على الصلح والهبة .

(١) بالرفع خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : فما قيل

هذا تعليل لعدم مجال للقول بذلك

وجه التعليل : أن اللفظ الكنائي صالح لارادة المعاني المتعددة منه ولا سيما اذا اريد منه معنى خاص كما في ملكتك : حيث إنه صالح لارادة البيع والصلح والهبة منه . وقد اريد منه الصلح والهبة ، فلم يختص بالبيع عند ارادة الصلح والهبة منه .

(٢) اى ارادة البيع من لفظة ملكتك مع قصد الصلح والهبة ممنوعة .

هذا رأي الشيخ في قبال قول القائل بحمل لفظة ملكتك على البيع وان اريد منها الصلح والهبة .

وقد عرفت وجه المنع في الهامش ٣ من ص ٤٦ عند قولنا : حيث إنها صالحة لارادة معنى البيع والصلح والهبة ، ولا سيا عند ارادة الصلح والهبة من لفظة ملكتك .

(٣) تعليل من القائل بتقديم البيع على الصلح والهبة فيما اذا وقع تمليك شيء بلفظة ملكتك التي هي من الألفاظ الكنائية ، وليست هذه الجملة تعليلا للتأمل ، أو بل منع الواقعين في كلام الشيخ كما هو الظاهر حيث وقعت بعد قوله : محل تأمل ، بل منع : اذ الشيخ لايقول بتقديم البيع على الصلح والهبة لو وقعت معاملة بلفظة ملكتك الصالحة للجميع ولا سيما اذا قصد منها الصلح ، أو الهبة . =

نعم (١) لو اتي بلفظ التمليك بالعوض واحتمل ارادة غير حقيقته كان مقتضى الاصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي فيحكم بالبيع ، لكن الظاهر أن الأصل بهـذا المعنى (٢) ليس مراد القائل المتقدم .

وسيجيء توضيحه (٣) في مسألة المعاطاة في غير البيع ان شاء الله

بقي القرض داخلا في ظاهر الحد (٤)

= بل القائل بذلك هو القيل ، فإنه يقول بتقديم البيع في مورد يقصد بلفظة ملكتك تمليك العين في مقابل العوض .

(١) استدراك عما افاده : من عدم مجال لتقديم البيع على الصلح أو الهبة .

وخلاصته : أنه عند الاتيان بلفظة ملكتك بكـذا ، واحتمال ارادة المعنى الحقيقي منها وهو البيع تحمل اللفظة على المعنى الحقيقي ، لأنه مقتضى الأصل اللفظي عند الشك في ارادة المعنى الحقيقي من اللفظ ، أو المجازي اذا كان اللفظ غير صريح في معنى كما فيما نحن فيه ، حيث إن ملكتك كما عرفت اكثر من مرة صالح للبيع والصلح والهبة ، وأنه غير صريح في البيع .

فالأصول اللفظية حاكمة على هذا التقديم ، ولا مجال لارادة الصلح أو الهبة منه ، لكونهما معنى مجازيا له .

(٢) وهو الأصل اللفظي ، حيث إن القيل اراد من الأصل الأصل العقلائي كما عرفت في الهامش٣من ص ٤٦-٤٧ عند قولنا: لجريان الاصل العقلائي .

(٣) اي توضيح هذا الأصل اللفظي وأنه حاكم عند الشك ، وأن البيع مقدم على الصلح والهبة في مثل لفظة ملكتك .

(٤) أي في تعريف الشيخ البيع بقوله : البيع انشاء تمليك عين =

ويمكن اخراجه (١) : بأن (٢) مفهومه ليس نفس المعاوضة ، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل ، أو القيمة ، لا (٣) معاوضة للعين بهما ولذا (٤)

= بمال : حيث إن القرض هو انشاء تمليك عين لو قال : اقرضتك مائة دينار ، أو ملكتك هذا وعليك عوضه .

(١) أي اخراج القرض من تعريف الشيخ البيع ؛ فلا يكون التعريف شاملا للأغيار .

(٢) الباء بيان لكيفية خروج القرض عن التعريف ، أي مفهوم القرض ليس نفس المعاوضة الحقيقية ، كما كانت هذه المعاوضة الحقيقية ملاكاً في البيع .

(٣) أي وليس مفهوم القرض هي المعاوضة للعين بالمثل ، أوالقيمة

(٤) أي ولاجل أن مفهوم القرض خارج عن مفهوم المعاوضة للعين بالمثل ، أوالقيمة ، بل مفهومه تمليك عين على وجه ضمان المثل ، أوالقيمة لايجري فيه ربا المعاوضة .

مقصود الشيخ من عدم جريان ربا المعاوضة في القرض : أن ربا البيع يشترط فيه أن يكون العوضان من المكيل ، أوالموزون ، أومن جنس واحد حتى يجري فيه الربا ، مع أن ربا القرض محرم مطلقا ، سواء أكان العوضان عن المكيل ، ام من الموزون ، أم من جنس واحد ، ام لم يكونا كذلك .

فحرمة الزيادة ثابتة فيه بنحو الإطلاق ، لأنه يشترط في حرمة الربا النفع والفائدة ، وهذه الفائدة والنفع في أي شيء حصلت في المكيل ، أو في غيره ، في الموزون أوفي غيره ، في التجانس أوفي غيره : يحصل الربا فيحرم القرض ، فهذا هو السر في عدم جريان ربا المعاوضة في القرض =

لا يجري فيه ربا المعاوضة ، ولا الغرر (١) المنفي فيها ، ولا (٢) ذكر

= وليس المقصود من عدم جريان الربا : أن الربا لايجري في القرض كما قد يتوهم

(١) أي ولأجل أن القرض خارج عن مفهوم المعاوضة ، وليس هو نفسها ، بل مفهومه تمليك عين على وجه الضمان بالمثل ، أو القيمة : لايجري فيه الغرر المنفي في المعاوضة وهو البيع ، لأن الغرر هو الخطر فلابد في المعاوضة: من علم المتعاقدين بالمبيع ، والثمن ، والقدرة على تسليم المبيع الى المشتري ، وتسليم الثمن الى البايع ، وهذه الشروط لاتجري في القرض ، لعدم القدح بجهالة المال المقرض بالفتح كماً وكيفاً .

فلو استقرض زيد من عمرو مبلغاً فاخذ المقرض بالكسر قبضة من الدراهم واقرضها لزيد من غير عد صح القرض .

نعم يعتبر علم المقترض بعد القرض بالمبلغ ، ليتمكن من ادائه ، حتى تبرأ ذمته عن الدين بعد أن اشتغلت به ، وهذا العلم لادخل له في أصل صحة القرض .

وهكذا لو استقرض شخص من شخص آخر طعاماً فاقرضه مقداراً من الطعام من دون كيل ووزن صح القرض .

نعم يعتبر علم المقترض بالمقدار حتى يتمكن من ادائه وتبرأ ذمته ، وهذا لادخل له في اصل صحة القرض كما علمت آنفا .

ولا يخفى عليك أن الفقهاء اختلفت كلماتهم في القرض المجهول فبين قائل بالصحة ، وبين قائل بالبطلان .

راجع كلماتهم في الكتب الفقهية المطولة وليس هنا محل ذكرها .

(٢) أي ولأجل أن مفهوم القرض مغاير لمفهوم المعاوضة والمقاولة : لايشترط فيه ذكر العوض ، كما اشترط ذلك في المعاوضة .

العوض ، ولا (١) العلم به فتأمل (٢)

ثم إن ما ذكرناه تعريف للبيع المأخوذ في صيغة بعت وغيره من المشتقات (٣)

ويظهر من بعض من قارب عصرنا (٤) استعماله (٥) في معان اخرى غير ما ذكر

(احدها (٦)) : التمليك المذكور ، لكن بشرط تعقبه (٧) بتملك المشتري ، واليه (٨) نظر بعض مشايخنا ؛ حيث اخذ قيد التعقب بالقبول مأخوذاً في تعريف البيع المصطلح (٩)

---

(١) أي ولاجل أن مفهوم القرض مغاير لمفهوم المعاوضة والمقاولة لايشترط في القرض العلم بالعوض ؛ مع أن العلم به مشروط في المعاوضة .

(٢) أي فيما ذكر : من عدم جريان ربا المعاوضة ، والغرر المنفي وذكر العوض ، والعلم بالعوض ، لأنه نوقش في كل واحد منها ، وليس هنا مقام ذكر المناقشة .

(٣) أي من مشتقات مادة بعت : وهو باع يبيع باعوا باعا باعت بعن لا أبيع لانبيع بعت بعنا .

(٤) وهو (الشيخ الكبير كاشف الغطاء) .

(٥) أي استعمال لفظ البيع .

(٦) من هنا شرع الشيخ في عد موارد استعمال البيع في معان اخرى فقال : احد تلك المعاني التمليك .

(٧) أي تعقب التمليك بتملك المشتري : بأن يقول المشتري بعد ايجاد البيع وانشائه : قبلت

(٨) أي والى هذا المعنى الذي افاده (كاشف الغطاء) : من تعقب التمليك بلفظ قبلت من قبل المشتري اشار (صاحب الجواهر).

(٩) وهو إنشاء تمليك عين بمال .

ولعله (١) لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ ، بل (٢) وصحة السلب عن المجرد ، ولهذا (٣) لايقال : باع فلان ماله إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره (٤)

ويستفاد من قول القائل : بعت مالي أنه اشتراه غيره ، لا أنه أوجب البيع فقط (٥)

---

(١) أي ولعل منشأ تقييد التمليك بتعقب المشتري القبول بقوله : قبلت هو التبادر ، أي تبادر هذا المعنى من لفظة البيع عند إطلاقه متى اطلق من حاق اللفظ وسياقه ، لامن القرائن الخارجية .

وقد قيل قديماً وحديثاً : إن التبادر علامة الحقيقة ، وعدمه علامة المجاز كتبادر الحيوان المفترس من الاسد ، وعدم تبادر الرجل الشجاع منه

(٢) أي ولعل منشأ تقييد التمليك المذكور بتعقب المشتري القبول بقوله : قبلت هي صحة سلب البيع عن البيع المجرد عن القبول .

وقد قيل حديثاً وقديماً : صحة السلب علامة المجاز ، وعدمها علامة الحقيقة .

ومعنى صحة السلب أن يصح للانسان أن يسلب المعنى الحقيقي عن اللفظ اذا استعمل في معنى ليس معناه حقيقة كسلب الماء عن الماء المستعمل في الأمراق ، وعصير الفواكه : بأن يقال : إن ماء الأمراق وماء عصير الفواكه ليس ماء مطلقاً حقيقة ، بل هو من السوائل ، فاطلاق الماء عليه مجاز .

(٣) أي ولأجل صحة سلب البيع عن البيع المجرد عن القبول

(٤) وهو المشتري : بأن يقول متعقباً للايجاب : قبلت .

(٥) أي من دون أن يقول المشتري : قبلت .

(الثاني (١)) : الاثر الحاصل من الايجاب والقبول وهو الانتقال (٢) كما يظهر من المبسوط وغيره .

(الثالث (٣)) : نفس العقد المركب من الايجاب والقبول (٤) واليه (٥) ينظر من عرّف البيع بالعقد .

قال : بل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى (٦) في عناوين أبواب المعاملات (٧) حتى الاجارة وشبهها التي ليست في الاصل اسماً لاحد طرفي العقد .

أقول (٨) : أما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول فالظاهر أنه

---

(١) أي المعنى الثاني من معان اخرى للبيع الذي استعمل فيها .

(٢) المراد من الانتقال هو الاثر الحاصل من نقل المبيع الى المشتّري ونقل الثمن الى البايع شرعاً ، لاعرفاً ، فإن العرف يرى الاثر من انتقال المبيع الى المشتري من دون توقفه على قبول المشتري .

(٣) أي المعنى الثالث من معان اخرى للبيع الذي استعمل فيها .

(٤) اي البيع يطلق على نفس الصيغة ايجاباً وقبولا .

(٥) أي والى المعنى الثالث للبيع نظر من عرّف البيع بالعقد وقال : إن البيع هو العقد ، أي هي الصيغة المركبة من الايجاب والقبول .

(٦) وهو المعنى الثالث للبيع : من أنه نفس العقد المركب من الايجاب والقبول .

(٧) أي من اولها الى آخرها من قولهم : كتاب البيع ، كتاب الاجارة ، كتاب الحوالة ، كتاب القرض ، كتاب الرهن ، كتاب الجعالة

(٨) من هنا يروم الشيخ أن يناقش (كاشف الغطاء) فيما افاده : من استعمال البيع في معان اخرى فقال ماحاصله : =

ليس مقابلا للاول (١) وإنما هو فرد انصرف اليه اللفظ في مقام قيام القرينة على ارادة الايجاب المثمر (٢) اذ لا ثمرة في الايجاب المجرد (٣)

فقول المخبر : بعت إنما اراد الايجاب المقيد (٤) ، فالقيد (٥) مستفاد من الخارج ، لا أن البيع مستعمل في الايجاب المتعقب للقبول (٦)

وكذلك (٧)

ـ إن المعنى الاول من المعاني المذكورة للبيع ليس مغايراً للمعنى الذي نحن ذكرناه في تعريف البيع : من أنه انشاء تمليك عين بمال حتى يجعل معنى مستقلا للبيع ، بل المعنى الاول هو فرد انصرف اليه لفظ البيع بواسطة القرينة الخارجية : وهو كون العقد عبارة عن الايجاب المثمر الذي هو الانتقال الى المشتري .

ومن الواضح أن هذا الاثر لايحصل إلا بعد قول المشتري : قبلت لأنه لاثمرة في الايجاب المجرد عن القبول .

(١) وهو تعريف الشيخ البيع : بأنه إنشاء تمليك عين بمال كما عرفت .

(٢) وهو الانتقال كما عرفت .

(٣) اي المجرد من القبول كما عرفت.

(٤) أي بالقبول المتعقب للبيع كما عرفت .

(٥) وهو القبول المتعقب للبيع كما عرفت .

(٦) كما افاده الشيخ كاشف الغطاء ، لأن الذي ذكره فرد انصرف اليه البيع كما عرفت آنفاً .

(٧) أى وهكذا لفظ نقلت وابدلت وملكّت مستعملة في الايجاب المتعقب للقبول من المشتري ، وهذا القيد مستفاد من القرينة الخارجية التي عرفتها في ص ٥٤ عند قولنا بواسطة القرينة الخارجية

لفظ النقل والإبدال والتمليك،وشبهها (١) ، مع أنه (٢) لم يقل احد بأن تعقب القبول له دخل في معناها .

نعم (٣) تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج في نظرالشارع ،لا(٤)

---

(١) أي وشبه النقل والإبدال والتمليك وهي الهبة المعوضة ، أو بذي رحم .

(٢) أي مع أن أحداً من الفقهاء لم يقل : إن تعقب القبول للايجاب له دخل في معاني الألفاظ المذكورة : وهي نقلت ابدلت ملكت وهبت

(٣) استدراك عما افاده : من أنه لم يقل احد من الفقهاء : إن تعقب القبول له دخل في معاني الألفاظ المذكورة .

وخلاصته : أنه وإن قلنا بعدم دخل القبول للايجاب لكنا نقول : إن تحقق القبول شرط للانتقال الذي هو الاثر الحاصل من الايجاب في الخارج في نظر الشارع، أو العرف بحيث اذا لميتعقب الايجاب بالقبول ولم يقل المشتري : قبلت لم يتحقق هذا الانتقال الذي هو الأثر الحاصل من ايجاب البايع الناقل .

فتحقق الاثر دائر مدار تحقق القبول ، إن تحقق تحقق الاثر ، وإن لم يتحقق لم يتحقق ، فلا تتحقق مالكية الدار المبيعة في قول البايع الناقل : بعت في الخارج في نظر الشارع لو لم يقل المشتري : قبلت

(٤) اي وليس تحقق القبول شرطاً للانتقال في نظر الناقل وهو البايع ، حيث إن البايع بمجرد الايجاب وهو قوله: بعت يقطع اضافة الملكية المنتسبة اليه وعلقتها عن نفسه ، ويضيفها الى المشتري ، سواء تحقق قبول في الخارج في نظر الشارع ام لا ، ففي الحقيقة هو يقطع حبل الاتصال الممتد بينه ، وبين الشيء المنتسب اليه عن نفسه ، ويربطه اليه بمجرد الانشاء والايجاب .

في نظر الناقل ، اذ (١) التأثير لاينفك عن الاثر ، فالبيع (٢) وما يساويه

= بعبارة اخرى : أن الايجاب تأثير ، والانتقال اثر فلا يجوز التفكيك بين التأثير والاثر ؛ فكلما وجد التأثير وجد الاثر ، فهما كالعلة والمعاول فكما أن العلة كلما وجدت وجد المعلول .

كذلك مانحن فيه وهو البيع ، حيث إنه كلما وجد التأثير وهو انشاء التمليك من قبل البايع وجد الاثر وهو الانتقال الذي هو معنى الاسم المصدري ، وتحقق في الخارج في نظر الناقل من دون توقفه على شيء خارجي وهو قبول المشتري .

(١) تعليل للنفي في قوله : لافي نظر النافل .

وقد عرفت التعليل والتأثير والاثر في الهامش ص ٥٥ عندقولنا : حيث إن البايع بمجرد الايجاب .

(٢) هذه العبارة : (فالبيع وما يساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب ، لا الكسر والإنكسار) تحتاج الى بسط كلام أكثر من زميلاتها حيث إن الغموض والتعقيد فيها أزيد .

اليك الشرح حسب فهمنا القاصر .

لما افاد شيخنا الأعظم أن تعقب القبول من المشتري ليس شرطاً في تحقق النقل في الخارج في نظرالناقل رداً على ما افاده (الشيخ الكبير كاشف الغطاء) :من شرطية تعقب القبول في تحقق النقل : اراد أن يفرع على كلامه فقال :

فالبيع وما يساويه ، اى فعلى ضوء ما اخترناه : من عدم شرطية القبول في تحقق النقل يكون البيع وجميع مشتقاته ، وما يساويه في هذا المعنى : وهو انشاء تمليك عين بمال : من لفظ (ابدلت ملكت نقلت) من قبيل الايجاب والوجوب في نظرالناقل ، لامن قبيل الكسر والإنكسار =

معنى من قبيل الايجاب والوجوب ، لا الكسر والإنكسار

= الذي لايتحقق الإنكسار في الخارج إلا بعد تحقق الكسر ، فليس لتعقب القبول دخل في تحقق مفهوم البيع في الخارج في نظر الناقل .

نعم في نظر الشارع يكون البيع وما يساويه معنى من قبيل الكسر والإنكسار في الخارج .

واستدل الشيخ على أن البيع وما يساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب في نظر الناقل : بأن الوجوب كما يحصل في نظر الآمر عندما يأمر ويقول : افعل وان لم يتحقق ولم يحصل في الخارج في نظر غيره .

وهذا التحقق الخارجي في نظر الآمر واقع لامحالة ، سواء أكان الآمر عالياً مرتفعاً في نظر الغير ام لا .

كذلك الانتقال الذي هو الاثر الحاصل من انشاء تمليك البايع يحصل في الخارج في نظر الناقل بمجرد البيع وانشائه من دون توقفه على شيء آخر الذي هو تعقب الانشاء بالقبول من المشتري ، فمعنى الاسم المصدري الذي هو الانتقال حاصل في نظر الناقل لامحالة وعلى أي حال .

وهكذا بقية الألفاظ المساوية للبيع في المعنى الذي هو انشاء تمليك عين : من لفظ (ملكت نقلت ابدلت) يحصل الانتقال الذي هو معنى الاسم المصدري بها بمجرد انشاء النقل والإبدال والتمليك ، من دون توقفها على تعقب القبول من ناحية المشتري .

نعم إن البيع وما يساويه معنى : من الألفاظ المذكورة يكون من قبيل الكسر والإنكسار في نظر الشارع .

فكما أن الإنكسار لايتحقق في الخارج إلا بعد تحقق الكسر .

كذلك الانتقال الذي هو الاثر ومعنى الاسم المصدري لايتحقق =

كما تخيله (١) بعض، فتأمل (٢).

ومنه (٣) يظهر ضعف اخذ القيد المذكور (٤) في معنى البيع المصطلح (٥)

= في الخارج في نظر الشارع إلا بعد تحقق القبول من المشتري، وتعقبه لانشاء البيع وايجاده.

فعلى ضوء ماذكرنا ظهر لك أن ماتخيله بعض: من أن البيع وما يساويه معنى من قبيل الكسر والإنكسار في غير محله؛ لأن ايجاب البيع وانشاءه الذي يعبر عنه بالتأثير بمنزلة العلة، والاثر الذي هو الانتقال بمنزلة المعلول فلا يعقل انفكاك المعلول عن العلة، والتأثير عن الاثر.

(١) أي تخيل أن البيع وما يساويه معنى من قبيل الكسر والإنكسار

(٢) الظاهر أن الامر بالتأمل لاجل غموض المطلب وتعقيده كما عرفت، لا لأجل الخدشة في اصل المطلب.

ولعمرو الحق إن الامر كذلك، حيث إن تصور كون البيع وما يساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب في نظر الناقل، لامن قبيل الكسر والانكسار، وأنه من قبيل الكسر والانكسار في نظر الشارع امر دقيق عميق لايمكن تصوره بسهولة.

(٣) أي ومن أن البيع وما يساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب في نظر الناقل، لامن قبيل الكسر والانكسار.

(٤) وهو تعقب الايجاب بالقبول الذي افاده (كاشف الغطاء)

(٥) وهو انشاء تمليك عين بمال كما افاده (الشيخ الانصاري)

وأما وجه الضعف فالظاهر أن مفهوم البيع وما وضع له هذا اللفظ عبارة عما يستعمله الموجب فيه.

ومن الواضح أن هذا الموجب الذي هوالناقل لايريدبلفظ البيع سوى =

فضلا عن أن يجعل (١) أحد معانيه .

وأما البيع (٢) بمعنى الاثر وهو الانتقال فلم يوجد في اللغة ، ولا في العرف وانما وقع في تعريف جماعة ، تبعاً للمبسوط (٣)

وقد يوجه (٤) بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبني للمفعول اعني المبيعية ، وهو (٥) تكلف حسن .

= النقل ، ولا يستعمله الا فيه ، من دون التفاته الى القبول من المشتري اصلا كما أن الواضع لم يضع لفظ البيع إلا للنقل فقط .

(١) أي القيد المذكور وهو تعقب الايجاب بالقبول .

(٢) هذا رد على المعنى الثاني للبيع الذي افاده (كاشف الغطاء): من أن البيع هو الأثر الحاصل من الايجاب والقبول .

(٣) حيث افاد (شيخ الطائفة) في المبسوط أن البيع هو الاثر الحاصل من الايجاب والقبول .

(٤) أي ماافاده (شيخ الطائفة) في المبسوط .

وخلاصة التوجيه أن المراد من البيع الذي عرف بالأثر الحاصل من الايجاب والقبول هو معنى المصدر الذي صيغ من المبني للمفعول وهي المبيعية لامن الذي صيغ من المبني للفاعل وهي البايعية حتى يقال : لم يوجد في اللغة ، ولا في العرف أن البيع بمعنى الاثر الحاصل .

والفرق بين المبني للمفعول ، والمبني للفاعل : أن النسبة المأخوذة في الاول نسبة الوقوع على المفعول، والنسبة المأخوذة في الثاني نسبة الصدور من الفاعل ، ولذا فسر شيخنا الانصاري المصدر بالمبيعية .

(٥) أي هذا التوجيه حسن ، لكنه محتاج الى الكلفة ، والمؤونة الزائدة وهو تأويل البيع بالمصدر المبني للمفعول .

وأما البيع (١) بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله بأن اطلاقه عليه مجاز ، لعلاقة السببية .

والظاهر (٢) أن المسبب هو الاثر الحاصل في نظر الشارع ، لأنه المسبب عن العقد ، لا (٣) النقل الحاصل من فعل الموجب ، لما (٤)

---

(١) هذا رد على المعنى الثالث للبيع الذي افاده (كاشف الغطاء): وهو أن البيع هو العقد المركب من الايجاب والقبول .

وخلاصته أن اطلاق البيع على العقد المركب مجاز بمناسبة السببية ، لأن البيع مسبب عن العقد الذي هو سبب البيع فاطلق البيع على السبب فقيل : البيع هو العقد المركب من الايجاب والقبول ، فليس الاطلاق اطلاقا حقيقياً حتى يكون معنى مستقلا للبيع ، ويعد من احد معانيه .

(٢) بعد أن افاد الشيخ أن البيع مسبب عن العقد ، والعقد سبب له .

وافاد أن اطلاق البيع على العقد المركب من باب علقة السبب والمسبب ، وليس البيع نفس العقد المركب من الايجاب والقبول حتى يكون معنى مستقلا واحد معاني البيع كما افاد هذا المعنى (كاشف الغطاء) بقوله : الثالث نفس العقد المركب: اراد أن يبين أن المسبب في الواقع ونفس الامر في نظر الشارع هو الاثر الحاصل الذي هو الانتقال لاغير ، لأن هذا الأثر هو المسبب عن العقد لاغير ، فيكون البيع من قبيل الكسر والإنكسار ، حيث لايتحقق الإنكسار مالم يتحقق الكسر .

(٣) أي وليس المسبب هو النقل الحاصل من فعل الموجب والذي هي صفة قائمة بفعل البايع حتى يكون البيع من قبيل الكسر والإنكسار

(٤) تعليل لكون المسبب ليس هو النقل .

وحاصله أنك قد عرفت آنفاً : أن النقل الذي هي صفة قائمة -

عرفت : من أنه حاصل بنفس انشاء الموجب ، من دون توقفه على شيء كحصول (١) وجوب الضرب في نظر الآمر بمجرد الامــر وان لم يصر واجباً في الخارج في نظر غيره .

والى هذا (٢) نظر جميع ماورد في النصوص ، والفتاوى (٣) :

= بالبايع حاصل بنفس انشاء البايع وبايجاده البيع بقوله : بعت ، من دون توقفه على شيء في الخارج فهو من قبيل حصول الضرب في نظر الآمر بمجرد امره حينما يقول : إضرب وان لم يصر واجباً في الخارج ولم يتحقق فهو من قبيل الايجاب والوجوب .

(١) تنظير لحصول النقــل بنفس انشاء البايع من دون توقفــه على شيء وقد عرفت التنظير عند قولنا : فهو من قبيل حصول الضرب في نظر الآمر .

(٢) اي والى ان المسبب هو الاثر الحاصل الذي هو معنى الاسم المصدري في نظر الشارع ، وأنه من قبيــل الكسر والإنكسار تشــير النصوص الواردة في المقام .

راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ ص ٤٦ الباب ١١ . الأحاديث . اليك نص الحديث ٤ .

عن الحلبي عن (أبي عبدالله) عليه السلام قال : أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا ؛ وجب البيع

فالحديث الشريف دال على أن السبب في الاثر الذي هو الانتقال هو العقد المشتمل على الايجاب والقبول في نظر الشارع ، لاالايجاب المجرد عن القبول.

(٣) اي والى أن المسبب هو الاثر الحاصل الذي هو معنى الاسم المصدري تشير جميع الفتاوى الصادرة عن الفقهاء حول البيع وما يساويه معنى من الألفاظ المذكورة في قولهم : لزم البيع : حيث يراد منه البيع =

من قولهم : لزم البيع ، أووجب ، أولا بيع بينهما ، أوأقاله في البيع ونحو ذلك (١) .

والحاصل (٢) أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر (٣) ، مع اعتبار تحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الايجاب والقبول ، فاضافة (٤) .

= المشتمل على الايجاب والقبول في نظر الشارع ، لا في نظر الناقل .

(١) مثل قولهم : فسخ البيع ؛ أو طلب الإقالة اي البيع المشتمل على الايجاب والقبول .

(٢) أي الحاصل من جميع ماذكرناه في البيع وما يساويه معنى .

(٣) وهو الأثر الحاصل المعبر عنه بالانتقال الذي لايتحقق في الخارج في نظر الشارع الا بعد تعقب الايجاب بالقبول من المشتري كما عرفت مفصلا .

(٤) الفاء تفريع على ما افاده : من أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر ، اى فعلى ضوء ماذكرنا تكون اضافة العقد الى البيع في قولهم : عقد البيع بالمعنى الذي ذكرناه وهو اسم المصدر الذي هو الانتقال : اضافة بمعنى اللام ، اي سبب النقل المراد منه اسم المصدر وهو الانتقال هو العقد لاغير ، اي من اضافة السبب الى المسبب

وليست الاضافة فيه بيانية بمعنى من كاضافة خاتم الى الفضة ، واضافة الثوب الى القطن في قولهم : خاتم فضة ، أو ثوب قطن أي خاتم من فضة ، وثوب من قطن ، حيث يبين فيها نوعية الخاتم : من حديد ، أو ذهب ، أو فضة .

ونوعية الثوب : من قطن ، أو صوف ، أو حرير .

العقد الى البيع بهذا المعنى (١) ليست بيانية ، ولذا (٢) يقال : انعقد البيع ؛ ولا ينعقد البيع .

ثم إن الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع ، وغيره من العقود (٣) حقيقة في الصحيح (٤) مجاز في الفاسد (٥) لوجود خواص الحقيقة والمجاز كالتبادر (٦) ، وصحة السلب (٧) .

قال : ومن ثم (٨) حمل الاقرار به (٩) عليه (١٠) حتى لو ادعى ارادة الفاسد لم يسمع اجماعاً ، ولو كان (١١) مشتركا بين الصحيح والفاسد لقبل تفسيره باحدهما ، كغيره من الألفاظ المشتركة (١٢)

---

(١) وهو اسم المصدر كما عرفت آنفاً .

(٢) اى ولاجل أن اضافة العقد الى البيع بمعنى اسم المصدر ليست بيانية ، بل سببية يقال : انعقد البيع اي تم الاثر الذي هو معنى اسم المصدر ، ويقال : لاينعقد البيع اى لم يتم الاثر الذى هو معنى اسم المصدر

(٣) كالاجارة والصلح والهبة والوكالة والجعالة والحوالة والكفالة

(٤) اي تام الأجزاء والشرائط ، من حيث المتعاقدين والعوضين .

(٥) وهو الفاقد للأجزاء والشرائط .

(٦) الذي هي علامة الحقيقة .

(٧) التي هي علامة المجاز وقد عرفت معناهما في الهامش ١-٢ ص ٥٢

(٨) اي ومن اجل أن العقود حقيقة في الصحيح ، ومجاز في الفاسد

(٩) اي الاعتراف بالبيع .

(١٠) اي على البيع الصحيح الذي يكون تام الأجزاء والشرائط .

(١١) اي عقد البيع وسائر العقود لو كان مشتركاً لفظياً .

(١٢) كلفظة العين الموضوعة للمعاني المتعددة : من الذهب والفضة -

وانقسامه (١) الى الصحيح والفاسد أعم (٢) من الحقيقة ، انتهى (٣)

وقال الشهيد الاول في قواعده : الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لاتطلق على الفاسد (٤) إلا الحج ، لوجوب المضي فيه .

وظاهره (٥) ارادة الاطلاق الحقيقي

= والميزان والعين الباكية والجارية والجاسوس .

فلو أقر شخص أمام الحاكم الشرعي أني عميت عين زيد فحكم الحاكم بالتقاص منه ، أو بالدية وهي خمسمائة دينار لو كان صاحب العين ذكراً

ثم قال بعد الاقرار : اردت من الإعماء،إعماء العين النابعة ، ليتخلص من الدية ، أو التقاص قبل هذا التفسير ، لأن اللفظ موضوع لكلا المعنيين بالاشتراك اللفظي .

(١) دفع وهم .

حاصل الوهم أن من علائم الحقيقة تقسيم الشيء الى قسمين وهنا قسم البيع الى الصحيح الذي يكون جامعاً للشرائط والأجزاء ، والىالفاسد الذي لم تجتمع فيه الشرائط والأجزاء .

وهذا التقسيم دليل علىأن استعمال البيع فيهما استعمال حقيقي كل واحد منهما قسيم للآخر .

(٢) خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : وانقسامه ، وجواب عن الوهم المذكور .

حاصله : أن التقسيم المذكور أعم من الحقيقة ، اي يمكن أن يكون بنحو الحقيقة ، ويمكن أن يكون بنحو المجاز .

(٣) أي ما افاده الشهيد الثاني في هذا المقام .

(٤) اي تستعمل في الصحيح منها فقط .

(٥) أي ظاهر كلام الشهيد الاول في قواعدهأن المراد من قوله : =

ويشكل ماذكراه (١) : بأن (٢) وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو «أحل الله البيع» ، واطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها ، مع أن سيرة علماء الاسلام التمسك بها (٣) في هذه المقامات .

نعم (٤) يمكن أن يقال : إن البيع وشبهه في العرف اذا استعمل

= لاتطلق ، أي لاتطلق على الفاسد حقيقة ، وأما مجازاً فإنه يصح اطلاق الماهيات المجعولة على الفاسد .

(١) اي ما ذكره الشهيد الأول والثاني : من أن العقود حقيقة في الصحيح ، وأن الماهيات الجعلية كالصلاة لاتطلق على الفاسد .

(٢) الباء بيان لكيفية الاشكال على ماذكره الشهيدان :

وخلاصة الاشكال أن لازم القول بوضع العقود للصحيح ، ولازم القول بكون الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم ، وسائر العقود لاتطلق إلا على الصحيح : عدم صحة التمسك بالاطلاقات الموجودة كقوله تعالى : أحَلّ الله البيعَ .

وهكذا عدم صحة التمسك ببقية اطلاقات أدلة العقود لو شككنا في شرطية شيء ، أوجزئيته ، وأنه هل هو دخيل في الموضوع له أم لا ؟

بل لابد من الاتيان بذلك الشرط ، أو الجزء عند الشك ، لكون العقود والماهيات المجعولة حقيقة في الصحيح ، ولا تطلق إلا على الصحيح مع أن الفقهاء يتمسكون بهذه الاطلاقات في مقام الشك في شرطية شيء أو جزئيته .

(٣) أي بهذه الاطلاقات الواردة في مقام الشك في شرطية شيء أو جزئيته كما عرفت آنفاً .

(٤) استدراك عما اورده على الشهيدين من الاشكال . =

في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل : بعت عند الانشاء لايستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر القائل .

ثم إذا كان (١) مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده ، وإلا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف .

فالبيع (٢) الذي يراد منه ماحصل عقيب قول القائل : بعت عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للاثر ، ومجاز في غيره ، إلا أن

= وخلاصته : أن البيع وبقية العقود لو استعملت عند العرف في المعنى الحاصل من المصدر الذي يقال له : اسم المصدر ، أو نتيجة المصدر عند انشاء البيع ، أو سائر العقود : لايراد منه ، أو من سائر العقود إلا البيع الصحيح المؤثر ، أو العقد الصحيح المؤثر ولو في نظر العرف : بمعنى أن العرف يريد من البيع البيع الصحيح المؤثر الذي يترتب عليه النقل والانتقال .

ثم إن كان هذا البيع الذي اريد منه معنى الاسم المصدري صحيحا في نظر الشارع من حيث الشروط والأجزاء مثلا كان البيع نافذاً عنده ولا يكون هناك اختلاف بين نظري الشارع والقائل .

وان كان غير صحيح عنده : بأن لم يشتمل على الشروط والأجزاء لم يكن نافذا عنده ، ويكون من قبيل بيع الهازل عند العرف .

(١) أي البيع الذي اريد منه المعنى المصدرى كما عرفت في الاستدراك في الهامش ٤ ص ٦٥ عند قولنا : استدراك عما اورده .

(٢) الفاء تفريع على ما افاده : من أن البيع الذي اريدمنه المعنى المصدري لو كان مؤثراً في نظر الشارع .

وقد عرفت خلاصة التفريع فيالاستدراك في الهامش ٤ ص ٦٥

الإفادة، وثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف والشرع (١)

وأما (٢) وجـه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ونحوها فلأن (٣)

---

(١) فرب بيع في نظر العرف بيع والشرع لايراه بيعاً .

فبين البيع في نظر العرف ؛ والبيع في نظر الشرع عموم وخصوص مطلق ، اذ كل بيع شرعي بيع عرفي . وليس كل بيع عرفي بيعا شرعياً

(٢) من هنـا يريد الشيخ أن يجيب عن الاشـكال الذي اورده على الشهيدين في ص ٦٥ بقوله : ويشكل ماذكراه .

(٣) هذا هو الجواب عن الاشكال الوارد على الشهيدين فيما افاداه: من أن العقود حقيقـة في الصحيـح ، وأن الماهيات المجعولـة لا تطلق إلا على الصحيح .

وقد عرفت الاشـكال في الهامش ٢ . ص ٦٥ بقولنا : وخلاصةالاشـكال .

وأما الجواب فخلاصته :أن وجهتمسك الفقهاء بتلكالاطلاقاتمع تصريح الشهيدين بما افاداه هو أن الخطابات الموجهة نحو المكلفين إنما وردت طبقا للعقود العرفية ، فهذه الخطابات كبقية الخطابات الموجهة نحو المكلفين .

فلفظـة البيـع ومـا يساويه معنى ، وجميع العقود الواردة في الشرع تحمل على البيع الصحيح ، وعلى العقود الصحيحة المؤثرة عند العرف .

أو تحمل على المعنى الحاصل من المصدر وهو اسم المصدر الذي يقال له : نتيجة المصدر وهو الانتقال .

فكلما وقع بيع وما يساويه معنى في الخارج وشك في شرطية شيء أو جزئيتـه في كونها دخيلة في هـذا البيع وما يساويه معنى : صح لنا التمسك بتلك الاطلاقات والأدلة على نفي شرطية الشيء ، أو جزئيته .

ثم لايخفى أن الاستدلال بآية أوفوا بالعقود على نفي شرطية شيء =

الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف (١) ، أوعلى المصدر (٢) الذي يراد من لفظ بعت فيستدل باطلاق الحكم بحله (٣) ، أو بوجوب الوفاء (٤) على كونه مؤثراً في نظر الشارع ايضاً .

فتأمل (٥) ، فإن للكلام محلاً آخر .

الكلام فى المعاطاة (٦)

اعلم أن المعاطاة على مافسره جماعة أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر .

ـ أو جزئيته أقوى من الاستدلال بآية أحَلّ الله البيع ، لأن دلالة الاولى بالعموم الوضعي ؛ حيث إن العقود جمع محلى بالالف واللام وهو يفيد العموم .

وأما الثانية فدلالتها بالإطلاق وهو يثبت بمقدمات الحكمة .

(١) حيث إنهم المخاطبون بتلك الاطلاقات والآيات .

(٢) المراد منه اسم المصدر الذي هو الحاصل من المصدر .

(٣) وهي آية احل الله البيع .

(٤) وهي آية اوفوا بالعقود .

(٥) لعل وجه التأمل : أن ماذكره الشهيد الأول والثاني قدس سرهما : من أن عقد البيع ، وغيره : من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد ومن أن الماهيات المفتعلة ، والأفعال المجعولة كالصلاة والصوم، والحج والبيع والقرض والاجارة ؛ وغيرها من الأفعال ، والعقود والايقاعات : إنما يراد صحتها بين المتشرعين ، لاعند الشارع .

(٦) مصدر باب المفاعلة من عاطى يعاطي معاطاة وزان هابى يهابي مهاباة ، وقد فسره الشيخ فلا نعيد تفسيره .

وهو (١) يتصور على وجهين :

(احدهما) : أن يبيح كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه ، من دون نظر الى تمليكه (٢)

(الثاني) : أن يتعاطيا على وجه التمليك (٣)

وربما يذكر وجهان آخران :

(احدهما) : أن يقع النقل من غير قصد البيع ، ولا تصريح بالاباحة المزبورة (٤) ، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر اليه .

(الثاني) : أن يقصد الملك المطلق (٥) دون خصوص البيع

ويرد الاول (٦) بامتناع خلو الدافع (٧) عن قصدعنوان من عناوين البيع أو الاباحة ، أو العارية ، أوالوديعة ، أوالقرض ، أوغير ذلك من العناوين الخاصة .

---

(١) اي المعاطاة بالمعنى الذي فسره الشيخ

(٢) أي يبيح كل واحد من المتعاطين التصرف للآخر فيما اعطاه عوضاً عما اباح الآخر التصرف له فيما اعطاه ، مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه الاول .

وهذه الاباحة هي الاجازة في التصرف حقيقة وفي الواقع .

(٣) بمعنى أن كل واحد من المتعاطين يقصد تمليك ما اعطاه لصاحبه

(٤) وهي اباحة التصرف لكل واحد من المتعاطين فيما اعطاه للآخر

(٥) اى الأعم من الهبة المعوضة ، والتمليك ، والبيع .

(٦) وهو وقوع النقل من غير قصد البيع ، ولا التصريح بالاباحة

(٧) وهو المعطي

والثاني (١) بما تقدم في تعريف البيع (٢): من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لاغير .

نعم (٣) يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود كبيع لبن الشاة مدة ، وغير ذلك: كون (٤) التمليك المطلق أعم من البيع

ثم إن المعروف بين علمائنا في حكمها (٥) أنها مفيدة لاباحة التصرف ويحصل الملك بتلف (٦) احدى العينين

وعن المفيد وبعض العامة القول بكونها لازمة (٧) كالبيع

وعن العلامة رحمه الله في النهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً (٨) في عدم افادتها إباحة التصرف

---

(١) أي ويرد المعنى الثاني للمعاطاة : وهو قصد التمليك المطلق من دون اي عنوان من عناوين الملكية .

(٢) في ص ٣٦ عند قوله : اذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنى .

(٣) استدراك عما افاده آنفاً عند قوله : من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة .

وخلاصته أنه يظهر من عبارات كثير من الفقهاء في تصريحاتهم في بعض العقود مثل بيع لبن الشاة ، وغير لبن الشاة: كون التمليك المطلق الذي عرفت معناه آنفا أعم من البيع .

(٤) بالرفع فاعل لكلمة يظهر في قوله : نعم يظهر .

(٥) اي في حكم المعاطاة

(٦) المراد من التلف هنا معناه الأعم: وهو التلف والإتلاف .

(٧) أي لايتوقف على التلف ، أو الإتلاف ، حيث إن الملكية تحصل في المعاطاة بمجرد الاخذ والعطاء في العوضين فتكون لازمة .

(٨) لعدم اشتمال المعاطاة على الصيغة .

ولابد أولا من ملاحظة أن النزاع (١) في المعاطاة هـل المقصود بها الإباحة ، أو المقصود بها التمليك؟

الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني (٢)

وحيث إن الحكم بالاباحة بدون الملك قبل التلف ، وحصوله (٣) بعده لايجامع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطيين نزّل (٤) المحقق الكركي الاباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل ، وأنه (٥) يلزم بذهاب احدى العينين ، وحقق ذلك (٦) في شرحه على القواعد ، وفي تعليقه على الارشاد بما لامزيد عليه .

لكن بعض المعاصرين (٧) لما استبعد هذا الوجه (٨) التجأ الى جعل

---

(١) اى لابد أولا من تحرير كون النزاع عند الفقهاء في أي القسمين من المعاطاة :

هل هي المعاطاة المقصود منها الاباحة المجردة عن التمليك

أو المعاطاة المقصود منها التمليك ؟

(٢) وهو كون المقصود من المعاطاة هي المعاطاة المفيدة للتمليك .

(٣) اى وحصول الملك بعد التلف .

(٤) اى حمل المحقق الاباحة على الملكية المتزلزلة ، فراراً عن المأزق : وهو الحكم بالاباحة في المعاطاة مع قصد المتعاطيين التمليك .

(٥) اى الاباحة الحاصلة من المعاطاة .

(٦) وهو أن المراد من الاباحة في كلام الفقهاء هي الملكية المتزلزلة التي تكون لازمة بذهاب احدى العينين .

(٧) الظاهر هو (الشيخ صاحب الجواهر قدس سره) .

(٨) وهو كون المراد من الاباحـة في المعاطاة هي الملكية المتزلزلة التي تصير لازمة بذهاب احدى العينين .

محـل النزاع هي المعاطاة المقصود بهـا مجرد الاباحـة ، ورجـح بقاء الاباحة في كلامهم على ظاهرها (١) المقابل للملك ، ونزّل مورد حـكم قدماء الأصحاب بالاباحة على هذا الوجه (٢)، وطعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة بقصد التمليك قائلاً :

إن القول بالاباحة الخاليـة عن الملك مـع قصـد الملك مما لاينسب الى أصاغر (٣) الطلبة فضلاً عن أعاظم الأصحاب وكبرائهم

والإنصاف أن ما ارتـكبه المحقق الثاني في توجيه الاباحة (٤) بالملك المتزلزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في المبسوط والخلاف ، والحلي في السرائر ، وابن زهرة في الغنية والحلبي في الـكافي ، والعلامة في التذكرة (٥) وغيرها .

وأما وجـه استبعاد (صاحب الجواهر) حمل الاباحة على الملكيـة المتزلزلة هو أنه كيف يمكن الجمع بين ارادة الملك من الاباحة ، وبين القول بعدم افادة المعاطاة الملك .

(١) وهي الاباحة المجردة عن الملك .

(٢) وهي الاباحة المقابلة للملك .

(٣) وزان أعاظم جمع منتهى الجموع مفرده أصغر.
ويجمع ايضاً على أصاغرة وأصغرون .
وطلبة بفتح الطاء واللام والباء جمع طالب .
ويأتي جمعه على طلاّب وطُلّب وطَلب .

(٤) اى الواردة في كلمات الفقهاء في قولهم : المعاطاة تفيد الاباحة

(٥) يأتي شرح حياة الشيخ والعلامـة وابن ادريس وابن زهـرة وابى الصلاح الحلبي في (أعلام المكاسب) إن شاء الله .

بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف ، إلا أن (١) جعل محل النزاع ما اذا قصد الاباحة دون التمليك (٢) أبعد منه .

بل لايكاد يوجد في كلام احد منهم مايقبل الحمل على هذا المعنى (٣)

ولننقل أولاً كلمات جماعة ممن ظفرنا على كلماتهم ، ليظهر منه بُعد تنزيل الاباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي

وأبعدية جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام : مالو قصد المتعاطيان مجرد اباحة التصرفات ، دون التمليك (٤)

---

(١) من هنا يروم الشيخ النقاش مع ما افاده (الشيخ صاحب الجواهر)

(٢) كما افاده (صاحب الجواهر) أبعد مما افاده المحقق الكركي .

أما وجه بعد كلام المحقق فمعلوم، حيث إن كثيراً من أعاظم الفقهاء الذين هم أساطين الفقه وركائزه الأصيلة وبهم قامت أصوله وقواعده كالشيخ ، والعلامة ، وابن زهرة ، وابن ادريس ، والحلبي : لم يقولوا بالملكية اصلا حتى تحمل الاباحة على الملكية المتزلزلة ، بل كلمات جلهم صريحة في عدم افادة المعاطاة الملك أصلا كما سيذكرهم (شيخنا الأعظم الانصارى) .

أفبعد هذا التصريح يبقى مجال لحمل الاباحة على الملكية المتزلزلة ؟

وأما وجه أبعدية كلام (الشيخ صاحب الجواهر) عن كلمات الأصحاب فإن كلمات الفقهاء صريحة في أن المتعاطين يقصدان من المعاطاة التمليك وقد ذكر الشيخ تلك الكلمات واحدة بعد أخرى حتى يعرف وجه أبعدية كلام (الشيخ صاحب الجواهر) بقوله : فنقول: وبالله التوفيق قال في الخلاف

(٣) وهو أن محل النزاع بين الفقهاء : ما اذا قصد الاباحة ، دون التمليك .

(٤) كما افاده (صاحب الجواهر)

فنقول وبالله التوفيق :

قال في الخلاف : اذا دفع قطعة الى البقلي (١) ، أو الشارب (٢) فقال اعطني بها بقلة ، أو ماءً فاعطاه فإنه لايكون بيعاً

وكذلك سائر المحقرات (٣) وانما يكون اباحة له (٤) فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه .

وفائدة ذلك (٥) أن البقلي اذا اراد أن يسترجع البقل ، أو اراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك (٦) لأن الملك لم يحصل لهما (٧) ، وبه (٨) قال الشافعي .

وقال ابو حنيفة : يكون (٩) بيعاً صحيحاً وان لم يحصل الايجاب والقبول ، وقال : ذلك (١٠) في المحقرات ، دون غيرها .

---

(١) المراد منه : بياع الحبوب

(٢) المراد منه : بياع الماء وساقيه

(٣) أى وكذلك لو دفع شيئاً لشراء الأشياء الحقيرة فلا يكون بيعاً

(٤) أى لصاحب البقل والماء ، والأشياء الحقيره

(٥) اى وفائدة هذه الإباحة المجردة عن التمليك

(٦) اى الرجوع فيما اعطاه لصاحبه فكل منهما يرجع اليه ويأخذه

(٧) أى لصاحب البقل ، ولصاحب القطعة ، حيث إن المفروض أن المعاطاة تفيد الإباحة المجردة فقط ، وهذا النوع من الإباحة لايفيد سوى التصرف

(٨) أى وبهذه الإباحة المجردة عن الملك

(٩) اى المعاطاة بالنحو المذكور

(١٠) اى وقوع البيع المعاطاتي في الأشياء الحقيرة ، دون الأشياء الجليلة راجع كتب الفقهية (لاخواننا السنة) تجد أقوالهم هناك

دليلنا (١) أن العقد حكم شرعي ، ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب أن لايثبت (٢)

وأما (٣) الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لايختلف العلماء فيها ، انتهى (٤)

ولا يخفى صراحة هذا الكلام (٥)

---

(١) هذه العبارة : دليلنا (لشيخ الطائفة) أى دليلنا نحن (الطائفة الامامية) على أن المعاطاة بالكيفية المذكورة تفيد الاباحة المجردة فقط

والمراد من العقد في قوله : إن العقد : البيع اللازم ، وليس المراد منه الايجاب والقبول اللفظيين ، اذ من المسلم بين الطرفين المتنازعين عدم وجوب الايجاب والقبول اللفظيين في المعاطاة ، فالنزاع إنما جاء بعد أن لم تكن هناك صيغة لفظية ، فالأخذ والعطاء بالمعاطاة ليس عقداً شرعياً عند الشيخ ولا دليل لنا على أن العقد الذي هو حكم شرعي وعبارة عن البيع اللازم موجود في المعاملة المعاطاتي .

(٢) اى العقد الذي هو حكم شرعي يجب أن لا يثبت في المعاملة المعاطاتي .

(٣) هذا دفع وهم

حاصل الوهم أنه اذا لم يثبت العقد الذى هو حكم شرعي في المعاملة المعاطاتي فمن اين تثبت اباحة التصرف فيما يأخذه من صاحبه .

فاجاب (شيخ الطائفة) : أن اباحة التصرف فيما ياخذه من صاحبه إنما ثبت بالاجماع من العلماء الذين لايختلفون في ذلك .

(٤) أى كلام (شيخ الطائفة) حول المعاطاة .

(٥) اي كلام (شيخ الطائفة) وهو قوله : فإنه لا يكون بيعاً صريح في أن الملكية لاتحصل بالمعاطاة .

في عدم حصول الملك ، وفي أن (١) محل الخلاف بينه ، وبين ابي حنيفة مالو قصد البيع ، لا الإباحة المجردة كما يظهر ايضا من بعض كتب الحنفية حيث إنه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال (٢) :

وينعقد بالايجاب والقبول ، وبالتعاطي ايضا ، فتمسكه (٣) بأن العقد حكم شرعي يدل على عدم انتفاء قصد البيع ، وإلا (٤) لكان الأولى ، بل المتعين التعليل به (٥) ، اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة وعرفاً لامعنى للتمسك بتوقفه على الأسباب الشرعية (٦) كما لايخفى .

---

(١) اي ولا يخفى ايضاً صراحة كلام (شيخ الطائفة) وهو قوله : فإنه لا يكون بيعاً : في أن محل الخلاف بينه ، وبين (ابي حنيفة) فهذه الجملة عطف على قوله : ولا يخفى صراحة هذا الكلام .

(٢) اى قال ابو حنيفة : وينعقد البيع بالتعاطي ايضاً .

(٣) اى تمسك (شيخ الطائفة) في الرد على (ابي حنيفة) بقوله : دليلنا أن العقد حكم شرعي : يدل على أن المتعاطيين قاصدان من المعاطاة البيع الشرعي والتمليك .

(٤) اي ولو كان المتعاطيان قاصدين من المعاطاة عدم البيع : لكان الأولى والأنسب الاستدلال بعدم قصد المتعاطيين البيع ، لاالاستدلال بقوله : دليلنا أن العقد حكم شرعي .

وقد ذكر الشيخ وجه الأنسبية والأولوية بقوله : اذ مع إنتفاء حقيقة البيع فلا نعيده .

(٥) اى بانتفاء قصد البيع كما عرفت عند قوله : يدل على عدم انتفاء قصد البيع ، لاالاستدلال بأن العقد حكم شرعي .

(٦) كما افاده (شيخ الطائفة) بقوله : دليلنا أن العقد حكم شرعي

وقال في السرائر بعدذكر اعتبار الايجاب والقبول ، واعتبار تقدم الاول على الثاني مالفظه : فاذا دفع قطعة الى البقلي ، أوالى الشارب فقال: اعطني فإنه (١) لا يكون بيعاً ولا عقداً ، لأن الايجاب والقبول ماحصلا .

وكذلك سائر المحقرات ، وسائر الأشياء محقراً كان ، أوغير محقر : من الثياب والحيوان ، أو غير ذلك ، وإنما يكون (٢) اباحة له فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه ، أودخل في ملكه ولكل منهما أن يرجع فيما بذله ، لأن الملك لم يحصل لهما ، وليس ذلك (٣) من العقود الفاسدة ، لأنه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما ، وإنما ذلك (٤) على جهة الاباحة ، انتهى (٥)

فإن تعليله (٦) عدم الملك بعدم حصول الايجاب والقبول يدل على أن ليس المفروض مالو لم يقصد التمليك ، مع أن ذكره (٧)

---

(١) اى الدفع المخصوص بالكيفية المخصوصة .

(٢) هذا الأخذ والعطاء انما يكون اباحة لكل واحد من المتعاطيين

(٣) اى هذا النحو من المعاطاة .

(٤) اى هذا النحو من التصرف .

(٥) اى ما افاده (ابن ادريس) في هذا المقام .

(٦) اى تعليل ابن ادريس لاثبات مدعاه بقوله : فإنه لا يكون بيعا ، ولا عقداً ، لأن الايجاب والقبول ماحصلا .

(٧) المصدر مضاف الى المفعول وهو المعاطاة والفاعل وهو (ابن ادريس) محذوف ، أى مع أن ذكر (ابن ادريس) المعاطاة في مقام شروط العقد بقوله : لا يكون بيعاً ولا عقداً ، وذكره هذا دليل على أن المتعاطيين يقصدان من المعاطاة التمليك .

في حيز شروط العقد يدل على ماذكرناه (١)

ولا ينافي ذلك (٢) قوله : وليس هذا من العقود الفاسدة الى آخر قوله كما لايخفى .

وقال في الغنية بعد ذكر الايجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضي ، ومعلومية العوضين ، وبعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ماهذا لفظه :

واعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرزاً عن القول بانعقاده (٣) بالاستدعاء من المشتري ، والايجاب من البايع : بأن يقول : بعنيه بالف فيقول : بعتك بالف ، فإنه لاينعقد بذلك (٤) ، بل لابد أن يقول المشتري بعد ذلك (٥) : اشتريت ، أوقبلت حتى ينعقد (٦)

---

(١) وهو أن المتعاطين يقصدان التمليك من المعاطاة .

(٢) أى لاينافي ما قلناه : من أن المتعاطين يقصدان التمليك مع ماقاله ابن ادريس : من أن المعاطاة ليس من العقود الفاسدة ، حيث لاتلازم بين القولين ، لأنه قد يتحقق انتفاء العقد الفاسد في ضمن وجود العقد الصحيح ، وقد يتحقق في ضمن وجود العقد الفاسد .

(٣) أي بانعقاد البيع بالطلب من المشتري .

(٤) أى بقوله : بعه فيقول : بعتك : مقصوده أن البيع لايقع لو تقدم القبول على الايجاب .

(٥) أى بعد قوله : بعه

(٦) أى ينعقد البيع

مقصوده : أن الايجاب الواقع بالكيفية المذكورة قابل للتأثير في الخارج ومقتضٍ لوقوع الانتقال الى المشتري

لكنه موقوف على قول المشتري : قبلت ، أو اشتريت

واحترازاً (١) ايضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع الى البقلي قطعة ويقول : اعطني بقلا فيعطيه ، فإن ذلك ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف .

يدل على ماقلناه الاجماع المشار اليه (٢) .

وايضاً فما اعتبرناه (٣) مجمع على صحة العقد به ، وليس (٤) على صحة مما عداه دليل ، ولما (٥) ذكرناه نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المنابذة (٦) والملامسة (٧)

---

(١) تعليل ثان لاعتبار الايجاب والقبول في البيع اى انما اعتبرنا حصول الايجاب والقبول لأجل الاحتراز عن وقوع البيع وانعقاده بالمعاطاة

(٢) وهو أن المعاطاة لاتفيد إلا الاباحة في التصرف

(٣) من شروط البيع الذي هو الايجاب والقبول ، والتراضي ، ومعلومية العوضين فهو اجماعي اتفق الفقهاء على صحة العقد بهذه الشروط وكلمة مجمع مرفوعة خبر للمبتدأ المتقدم وهو (ما الموصولة) .

(٤) اى وليس لنا دليل على صحة غير ما اعتبرناه من الشروط المذكورة للبيع .

(٥) أى ولأجل ما ذكرناه : وهو اعتبار الوجوب والقبول اللفظيين

(٦) مصدر باب المفاعلة من نابذ ينابذ منابذة معناه : أن يقول شخص لشخص آخر : اذا نبذتَ متاعك ، أو نبذتُ متاعي فقد وجب البيع .

أو يقول : انبذلي الثوب ، أو انبذه اليك ، ليجب البيع .

(٧) مصدر باب المفاعلة من لامس يلامس ملامسة معناه : أن يقول احد المتبايعين : اذا لامست المبيع وجب البيع بيننا .

وعن بيع الحصاة (١) على التأويل الآخر (٢)

ومعنى ذلك (٣) أن يجعل اللمس بشيء ، أو النبذله ، وإلقاء الحصاة

---

(١) بفتح الحاء مفرد : جمعه حصيات . وزان بقرة بقرات معناه : أن يقول شخص لشخص آخر : بعتك من السلع ماتقع حصاتك عليه اذا رميت بها ، أو اذا نبذت اليك الحصاة فقد وجب البيع .

كان هذا البيع متداولاً في العصر الجاهلية .

ويطلق الحصى على صغار الحجارة ايضا .

راجع عن هذا النهي (وسائل الشيعة) .الجزء ١٢ . ص ٢٦٦ . الباب ١٢ من أبواب عقد البيع . الحديث ١٣

(٢) حيث إن لبيع الحصاة تأويلين :

(احدهما) : أن يكون البيع مجهولاً عند المتعاملين ابتداء ، لكنه معلوم بعد وقوع الحصاة عليه : بأن يتفق المتبايعان على أن المبيع هو الذي تقع عليه الحصاة .

ولا يخفى بطلان مثل هذا البيع ، لأنه من البيع الغرري ، لكونه مجهولاً .

(ثانيهما) : أن يكون البيع معلوماً عند المتبايعين ، لكن لزومه بعد وقوع الحصاة عليه فبالوقوع يلزم البيع فيصير لازماً .

فالنهي الوارد في الرواية إنما هو على التأويل الاول ، لكون البيع مجهولاً .

(٣) أي ومعنى المنابذة والملامسة ، وبيع الحصاة أن يصير البيع لازماً باحد المذكورات .

بيعاً موجبا (١) انتهى (٢)

فإن دلالة هـذا الكلام (٣) على أن المفروض من قصد المتعاطين التمليك من وجوه متعددة :

(منها) : (٤) ظهور أدلته الثلاثة (٥) في ذلك

(ومنها): (٦) احتّرازه عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد

---

(١) بصيغة المفعول

(٢) أى مافاده ابن زهرة في الغنية في هذا المقام .

(٣) أى كلام ابن زهرة الذي ذكره الشيخ بقوله في ص٧٨: وقال في الغنية

(٤) أي من تلك الوجوه المتعددة الدالة على المدعى : وهو أن المعاطاة يفيد التمليك، لا الاباحة المجردة : الأدلة الثلاثة لابن زهرة وهي كما يلي :

(الاول) الاجماع الذي ادعاه في قوله في ص٧٩ : يدل على ماقلناه الاجماع المشار اليه .

(الثاني) : قوله : في ص ٧٩ : فما اعتبرناه مجمع على صحته ، وليس على صحة ماعداه دليل .

(الثالث) : قوله في ص٧٩ ولما ذُكِر نُهي عن بيع المنابذة ، والملامسة، وبيع الحصاة .

فهذه الأدلة الثلاثة لابن زهرة تدل على أن المتعاطين يقصدان التمليك

(٥) اى ومن تلك الوجوه المتعددة الدالة على المدعى : وهو أن المعاطاة يفيد التمليك : احتّراز ابن زهرة عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد .

بيان ذلك : أن ابن زهرة قارن المعاطاة مع المعاملة في عدم وقوعها بالاستدعاء بنحو واحد ، حيث قال في عدم وقوع المعاملة بالاستدعاء =

وقال الحلبي (١) في الكافي بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع امور ثمانية ما لفظه : واشترط الايجاب والقبول : لخروجه (٢) من دونهما عن قبول حكم البيع الى أن قال: فان اختل شرط من هذه (٣) لم ينعقد البيع ، ولم يستحق التسليم وان جاز التصرف مع اخلال بعضها (٤) ، للتراضي (٥) ، دون عقد البيع ، ويصح معه (٦) الرجوع . انتهى (٧)

وهو (٨) في الظهور قريب من عبارة الغنية .

= واعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء وقال في عدم وقوع المعاملة بالمعاطاة . واحترازاً ايضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة ، فقارن بين المعاملة والمعاطاة على نحو واحد ، فهذه المقارنة والمساواة تدل على أن المتعاطيين يقصدان التمليك ، لأن التمليك هو الشايع في المعاملات فكذا المعاطاة .

(١) يأتي شرح مؤلف الكتاب والكتاب في (أعلام المكاسب)

(٢) اى لخروج البيع عن حكم البيع اذا لم يكن مشتملا على الايجاب والقبول .

(٣) اى من هذه الشروط الثمانية المذكورة في الكافي للحلبي .

(٤) اى بعض الشروط الثمانية .

(٥) تعليل لجواز التصرف فيما انتقل الى كل واحد من المتعاملين على اختلاله بعض الثمانية اى جواز التصرف لأجل التراضي الحاصل لكل من المتبايعين مع قطع النظر عن عقد البيع .

(٦) أي مع هذا التصرف يصح لصاحب السلعة الرجوع .

(٧) اى عبارة صاحب الكافي .

(٨) أى ماقاله الحلبي في الكافي .

وقال المحقق رحمه الله في الشرايع ! ولا يكفي التقابض من غير لفظ (١) وان حصل من الإمارات (٢) مادل على ارادة البيع . انتهى وذكر كلمة الوصل (٣) ليس لتعميم المعاطاة لما لم يُقصد به البيع،

= وجه الظهور : أن في صورة اختلال احد الشروط الثمانية أفاد صاحب الكافي بجواز التصرف فيما صار الى كل واحد من المتبايعين ، ومن المعلوم أن المتبايعين يقصدان التمليك في معاملتهما كما هو الشايع المتعارف عند الناس

فكذلك المعاملات التي تقع بغير الشروط المذكورة كالايجاب والقبول فإنهم يقصدون منها التمليك .

(١) أى لايحصل النقل والانتقال بغير الصيغة .

(٢) وهي القرائن الحالية ، أو المقالية .

(٣) وهي كلمة إن الوصلية في قول (المحقق) : وإن حصل من الإمارات مادل على ارادة البيع .

مقصود الشيخ من قوله : وذكر كلمة الوصل : أن التقابض الواقع بدون الصيغة على قسمين :

(الاول) : أن لا يُقصد به البيع ، بل يقصد به مجرد الاباحة وهذا لايسمى معاطاة ، فهو خارج عما نحن بصدده ، لعدم قصد البيع به اصلا .

(الثاني) : أن يُقصد به البيع والتمليك فهذا هو الذى يسمى في عرف الفقهاء معاطاة ، فالشيخ يقول : إن إن الوصلية التي ذكرها المحقق ليست لتعميم المعاطاة حتى تشمل الفرد الذي لم يُقصد به البيع ، ليكون مفاد إن الوصلية للترقي من الفرد الأوضح الذي هي المعاطاة المفيدة للإباحة الى الفرد الخفي الذي هي المعاطاة المفيدة للملكية . =

بل للتنبيه على أنه لاعبرة بقصد البيع من الفعل(١)

وقال في التذكرة في حكم الصيغة : الأشهر عندنا أنه لابد منها (٢) فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير مثل اعطني بهذا الدينار ثوباً فيعطيه مايرضيه ، أويقول : خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه ، وبه (٣) قال الشافعي مطلقاً:لأصالة (٤) بقاء الملك ، وقصور (٥)

= بل شيخنا المحقق اراد بإن الوصلية التنبيه على أنه لاعبرة بالبيع الصادر بالأفعال .

وأما دلالة كلام المحقق على أن المتعاطيين يقصدان من المعاطاة التمليك فواضح ، حيث إنه أخرج القسم الاول من المعاوضة بغير الصيغة عن البيع بقوله : ولا يكفي التقابض من غير لفظ وان حصل من الإمارات مادل على ارادة البيع .

(١) المراد من الفعل وقوع المعاوضة بنحو المعاطاة كما عرفت .

(٢) اى من الصيغة .

(٣) هذا كلام العلامة في التذكرة اى وبما ذهبنا نحن : من اعتبار الصيغة في البيع افتى الشافعي به مطلقا ، سواء أكان البيع في الأشياء الجليلة أم في الحقيرة .

(٤) هذا التعليل من العلامة ، والمراد من الاصل الاستصحاب ، أى اعتبار الصيغة في البيع لأجل بقاء الملكية عند الشك في زوالها بوقوع المعاملة عليها بالأفعال فتستصحب تلك الملكية الثابتة لصاحبها قبل وقوع المعاملة

(٥) بالجر عطفاً على مجرور اللام الجارة في قوله : لأصالة .

هذا تعليل ثان من العلامة لمدعاه : من اعتبار الصيغة في البيع أى ولقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد ، حيث لايعلم أن المعطي =

الأفعال عن الدلالة على المقاصد

وعن بعض الحنفية ، وابن شريح في الجليل (١)

وقال أحمد ينعقد مطلقاً (٢) ونحوه قال مالك ، فإنه قال : بع بما يعتقده الناس بيعاً . انتهى (٣)

ودلالته (٤) على قصد المتعاطيين للملك لاتخفى من وجوه (٥)

ـ أى شيء قصد من الإعطاء .

هل قصد التمليك ، أو الإباحة المجردة ؟

(١) أي فصل بعض الحنفيـة وابن شريح فقال : بوقوع المعاطاة في الحقير ، دون الجليل والكثير .

(٢) أى بوقوع المعاطاة في الحقير والجليل ، والقليل والكثير .

راجع أقوال هؤلاء المذاهب من (اخواننا السنة) : (المغني) طباعة مطبعة العاصمة (القاهرة) الجزء ٣ ص ٥٠٢ .

(٣) اى ما افاده العلامة في التذكرة في هذا المقام .

راجع التذكرة من طبعتنا الحديثة الجزء ٧ ص ٤

(٤) أى ودلالة كلام العلامة في التذكرة .

(٥) اليك تلك الوجوه

(الأول) : وقوع قول العلامة : فلا يكفي التعاطي بعد قوله : الأشهر أنه لابد منها ، اذ معناه عدم كفاية التعاطي في تأثيره في المعاوضات مثل تأثير الصيغة فيها ، أى أن الاثر الذي هو النقل والانتقال المترتب على الصيغة لايترتب على التعاطي .

ومن الواضح أن استناد عدم تأثير التعاطي الى عدم كفاية المعاطاة إنما يصح في المورد الذي لو كان هناك صيغة لاثرت في النقل والانتقال .

وليس هذا إلا اذا قصد التمليك من المعاوضة الفعلية . ـ

أدونها (١) جعل مالك موافقاً لأحمد في الإنعقاد من جهة أنه قال : بع بما يعتقده الناس بيعاً .

= (الثاني) : قول العلامة : اعطني بهذا الدينار ثوباً ، أوخذ هذا الثوب بدينار ، فإن تمثيلــه بالمثالين صريحان في قصد المتعاطين التمليك ، لأن الباء بهذا الدينار ، وفي بدينار : للمقابلة .

ومن المعلوم أن باء المقابلة لا تأتي إلا في مورد قُصِد التمليك.

(الثالث) : قوله : لأصالة بقاء الملك ، فإن التمسك بالأصالة التي هو الاستصحاب لايصح إلا في مقام الشك في حصول الملك : والشــك في حصول الملك لايتم الا بعد فرض قصد المتعاطين التمليك .

(الرابع) : قوله : وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد،فإن هذا لاينطبق إلا على قصد المتعاطين التمليك .

(الخامس) : قوله : وقال احمد : ينعقد مطلقا ، ونحوه قال مالك فإنه قال : بع بما يعتقده الناس بيعاً .

ومن الواضح أن الناس يقصدون في معاملاتهم ومعاوضاتهم التمليك الذي هو المتعارف فيما بينهم .

فاستشهاد العلامة بكلام مالك الذي هو مخالف لمذهبه في كثير من الفروع والمسائل ناظر الى أن النزاع في كون المقصود من المعاطاة هو التمليك

(١) أى أدون تلك الوجوه المذكورة هو الوجه الخامس

وجه الأدونيــة : أن صاحب الجواهر نسب قصد الإباحــة المجردة من المتعاطين الى قدماء الأصحاب الذينهم من علماء الإمامية، ومن الواضح أن مالك واحمد ليسا من علماء الامامية وان كان كلامها في هذا المقام ينظر اليه بعين الاعتبار .

وقال الشهيد في قواعده بعد قوله : قد يقوم السبب الفعلي (١) مقام السبب القولي (٢) وذكر أمثلة لذلك (٣) مالفظه :

وأما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الاباحة ، لا الملك . وإن كان في الحقير عندنا .

ودلالتها (٤) على قصد المتعاطيين للملك مما لايخفى

هذا كله (٥) مع أن الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليك

ويبعد فرض الفقهاء من العامة والخاصة الكلام في غير ماهو الشائع (٦)

---

(١) وهو المعاوضة المعاطاتي بالاخذ والإعطاء .

(٢) وهي المعاوضة بالصيغة المشتملة على الايجاب والقبول اللفظيين

(٣) أي للمعاوضة الفعلي الذي يقوم مقام السبب اللفظي القولي .

(٤) هذه الكلمة : (ودلالتها) (للشيخ الأنصاري)

ومرجع الضمير في دلالتها : (المبايعات) ، اى ودلالة كلمة المبايعات على أن المتعاطيين يقصدان التمليك مما لايخفى ، حيث إن الكلمة لاتستعمل إلا في مقام المعاوضة المملكة .

(٥) اى ماذكرناه من الأقوال من علمائنا الأعلام التي تؤيد مدعانا : وهو أن مقصود المتعاطيين في المعاطاة التمليك : كان بحسب الظاهر ، وإقناع الطرف المقابل ، وأنه كيف يمكن قصد التمليك .

وأما بحسب الواقع ونفس الامر فمما لاشك فيه : أن المعاطاة الواقعة في أيدي الناس لا يُقصد منها إلا التمليك لاغير ، فكل معاوضة معاطاتي تقع في العالم في أيدي الناس يريد منها التمليك ليس إلا .

(٦) حيث إن الشايع بين الناس هو قصد التمليك من المعاطاة .

بين الناس ، مع أنهم صرحوا (١) بارادة المعاملة المتعارفة بين الناس .

ثم إنك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك (٢) ، بل صراحة بعضها كالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد .

ومع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد : إنهم أرادوا بالاباحة الملك المتزلزل .

فقال : المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وان لم تكن كالعقد في اللزوم ، خلافاً لظاهر عبارة المفيد(٣)،ولا يقول أحد من الإصحاب : إنها (٤) بيع فاسد سوى المصنف في النهاية ، وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها

وقوله تعالى :|وأحل الله البيع يتناولها (٥) ، لأنها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها ، لأنهم (٦) ، يقولون : هو بيع فاسد .

وقوله تعالى : إلا أن تكُونَ تِجارةٌ عَن تَراضٍ عام (٧) إلا ما اخرجه الدليل .

---

(١) لم نجد من صرح بذلك سوى مالك ، حيث صرح فقال : بيع بما يعتقده الناس بيعاً كما عرفت في ص ٨٥ .

(٢) أى المعاطاة لاتفيد الملك مع قصد المتعاطيين التمليك

راجع عبارة الشهيد في ص ٨٧ عند قوله : فهي تفيد الاباحة ، لا الملك .

(٣) حيث قال في ص ٧٠ : إن المعاطاة تفيد اللزوم فهي كالبيع

(٤) أى المعاطاة

(٥) أي يشمل المعاطاة

(٦) تعليل لكون المعاطاة بيعاً حتى عند القائلين بأنها بيع فاسد

(٧) أي تشمل حتى المعاوضات الواقعة بالأفعال التي هي الأفعال فضلاً عن المعاوضات الواقعة بالصيغة .

وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب : من أنها تفيد الاباحة ، وتلزم بذهاب احدى العينين: يريدون به عدم اللزوم (١) في أول الأمر ، وبالذهاب (٢) يتحقق اللزوم ، لامتناع ارادة الاباحة المجردة عن اصل الملك ، اذ المقصود للمتعاطيين إنما هو الملك فاذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً ولم يجز التصرف في العين .

وكافة الأصحاب على خلافه (٣).

وايضاً فإن الاباحة المحضة لاتقتضي الملك اصلاً وراساً فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده .

والأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالأقوال ، لأنها (٤) تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها (٥) فيجوز التراد (٦) مادام ممكناً ومع تلف احدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم ، لأن احداهما في مقابل الآخر ، ويكفي تلف بعض احدى العينين ، لامتناع التراد في الباقي (٧) إذ هو (٨).

---

(١) أي لايقصدون بذلك عدم الملكية

(٢) أي وبذهاب احدى العينين ، أو بعضها

(٣) أى على خلاف ما افاده الشيخ المفيد : من أن المعاطاة تفيد اللزوم .

(٤) أى الأفعال تدل على المراد بالقرائن الحالية ، أوالمقالية ، لا لأنها تدل عليها بالذات كدلالة الأقوال والألفاظ عليها .

(٥) أي بالمعاطاة .

(٦) اى من الطرفين مادام التراد ممكناً : بأن لم يتلف احد العوضين

(٧) أي في الباقي من العين التالف بعضها .

(٨) أى التراد في البعض .

موجب لتبعض الصفقة ، والضرر (١) انتهى (٢).

ونحوه المحكي عنه في تعليقته على الارشاد ، وزاد فيه : أن مقصود المتعاطيين اباحة مترتبة على ملك الرقبة (٣) كسائر البيوع ، فإن حصل مقصودهما ثبت ماقلناه (٤) ، وإلا لوجب أن لاتحصل اباحة بالكلية (٥) بل يتعين الحكم بالفساد (٦) ، إذ (٧) المقصود غير واقع ، فلو وقع غيره (٨) لوقع بغير قصد : وهو باطل

وعليه (٩).

---

(١) وكلاهما منفيان في الاسلام .

(٢) أى ما افاده المحقق الكركي في (جامع المقاصد) في هذا المقام

(٣) المراد منها المتاع والسلعة والثمن .

(٤) وهي الملكية المتزلزلة ، والتي ثبتت بذهاب احدى العينين أو بعضها .

(٥) لأن مقصود المتعاطين التمليك ، فالاباحة ليس لها مجال هنا حيث لم يقصداها حتى توجد في الخارج .

(٦) أي حين أن لا تحصل الإباحة بالكلية بعد أن لم تحصل الملكية التي هو مقصود المتعاطين .

(٧) تعليل لفساد المعاملة .

(٨) أي غير التمليك وهي الإباحة الغير المقصودة لو وقع يلزم الاشكال المعروف (وهو ما قُصد لم يقع ، وما وقع لم يُقصد ، مع أن العقود تابعة للقصود) .

(٩) أى وعلى القول بالملكية المتزلزلة كما افادها المحقق الكركي تتفرع ملكية النماء لكل واحد منهما ، وجواز وطي الجارية المبيعة بالمعاطاة لمن صارت في يده .

يتفرع النماء،وجواز وطي الجارية ، ومن منع (١) فقد اغرب . انتهى (٢) ،
والذي (٣) يقوى في النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها ، وأنهم يحكمون بالاباحـــة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التمليك ، وأن الاباحـــة لم تحصل بانشائها (٤) ابتداءً ، بل إنما حصلت كما اعترف به في المسالك : من استلزام إعطاء كل منهما سلعته مسلطاً (٥) عليه الاذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات (٦) ، فلا يرد عليهم (٧) ، عدا

- وأما على القول بالاباحـــة المجردة في المعاطاة فنماء كل من المتبايعين لصاحبه وان جاز التصرف فيه .

وأما الوطي الذي هو من لوازم الملكيـــة ، حيث إنه لا وطي إلا في ملك فلا يجوز .

(١) اى من منع الوطي فقد أغرب ، لأنه بناءً على افادة المعاطاة الملكيـــة المتزلزلة كما هو راى المحقق الكركي يكون منع وطي الجارية المشتراة بالمعاطاة غريب .

(٢) اى ما افاده الشهيد الاول في تعليقته على الارشاد .

(٣) هذا كلام (الشيخ الأنصاري) يروم النقاش مع المحقق الكركي

(٤) اي بانشاء المعاطاة .

(٥) بصيغـــة الفاعل اى يسلط كل واحد من المتعـاطين صاحبـــه في التصرف فيما اعطاه بدل ماسلطه صاحبه على ما اعطاه له .

(٦) أي حتى التصرفات المتوقفة على الملك كالوطي والعتق ، والبيع والوقف ، مع أن هذه لايمكن تحققها في الخارج إلا أن يكون الواطي ، أو المعتق أو البايع ، أوالواقف مالكاً .

(٧) أي على كلمات الفقهاء : وهو أن المعاطاة تفيد الاباحة مع قصد المتعاطين التمليك .

ماذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة .

وحاصله (١) : أن المقصود هو الملك فاذا لم يحصل فلا منشأ لاباحة التصرف ، اذ الاباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التمليك ، وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل ، ولم يشعر (٢) كلامهم بالاستناد الى نص في ذلك ، مع أن الغاء الشارع للاثر المقصود (٣) وترتب غيره (٤) بعيد جداً ، مع أن التأمل في كلامهم يعطي ارادة الإباحة المالكية (٥) لا الشرعية (٦).

---

(١) أي وحاصل ما اورده المحقق على كلمات الفقهاء : هو أن القول بافادة المعاطاة الاباحة مع قصد المتعاطيين التمليك مما لايجتمعان ، لعدم قصد الاباحة منهما ، والمقصود الذي هو التمليك لم يحصل فيلزم ما قُصد لم يقع ، وما وقع لم يُقصد ، مع أن العقود تابعة للقصود .

(٢) من باب الإفعال اي ولم يدل كلام الفقهاء على أن الاباحة مستفادة من النص الوارد من الشارع ، لأنه لو كان موجوداً لذكره الفقهاء في كلماتهم ، فعليه لاتثبت الملكية المتزلزلة .

(٣) وهي الملكية المقصودة بين المتبايعين .

(٤) وهي الاباحة المجردة عن الملكية .

(٥) وهي التي صدرت ووقعت من جانب المتعاطيين .

وهذه الاباحة مستلزمة للاباحة الشرعية ، حيث إنها بعد الاباحة المالكية ، أي لو لم تكن الاباحة المالكية موجودة لم توجد الاباحة الشرعية

(٦) أي الاباحة الشرعية التي هي التصرفات المجوزة من قبل الشارع للمكلف من دون توقف تصرفه على اذن المالك كحق المارة بالشروط المذكورة في الكتب الفقهية ونشير اليها قريباً .

ويؤيد (١) ارادة الملك : أن ظاهر اطلاقهم اباحة التصرف شمولها للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالوطي والعتق والبيع لنفسه (٢) .
والتزامهم (٣) حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات كما اذا وقعت

- والأكل من البيوتات التي ذكرت في الكتاب العزيز بقوله تعالى :
وَلا عَلَى المَرِيضِ حَرَجٌ وَلاَ عَلَى انفُسِكُمْ أن تَأكُلُوا مِن بُيُوتِكُمْ او بُيُوتِ آبائِكُمْ أو بُيوتِ اُمهاتِكُمْ اوبُيوتِ إخوانِكُمْ او بُيوتِ اخواتِكُمْ أو بيُوتِ أعمامِكُمْ او بُيوت عَمّاتِكُمْ أوبُيوتِ أخوالِكُمْ أو بُيوتِ خالاتِكُمْ أوما مَلَكتَم مَفاتِحَهُ أو صَديقِكُمْ
النور : الآية ٦١

وكتصرف الاب في أموال ولده

(١) هذا كلام (شيخنا الانصاري) يريد أن يؤيد ما افاده المحقق الكركي أي ويؤيد ارادة الملكية المتزلزلة ظاهر اطلاقات كلمات الفقهاء في المعاطاة ، حيث يقولون : إنها تفيد الاباحة المجردة ، فهذا الاطلاق يشمل جميع أنواع التصرفات التي منها البيع والوطي والوقف والعتق ولم يخصص الفقهاء الاباحة بنوع خاص وفرد معين .

(٢) كأن يبيع احد المتعاطيين ما اخذه من صاحبه على وجه التعاطي لنفسه ويأخذ الثمن له وينتفع منه .

(٣) دفع وهم
حاصل الوهم أنه نقول بمقالة المشهور وهي افادة المعاطاة الاباحة المجردة ، وجواز التصرفات فيما اخذ بالمعاطاة حتى المتوقفة على الملك .
لكن نلتزم في المتوقفة على الملك بالملكية المقارنة للتصرفات المذكورة نظير تصرف من له الخيار فيما باعه أيام خياره ، سواء أكان الخيار

هـذه التصرفات من ذي الخيار ، أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع بعيد (١).

وسيجيء ماذكره بعض الأساطين (٢) : من أن هذا القول (٣) مستلزم لتأسيس قواعد جديدة (٤)

قهرياً وذاتياً كخيار الحيوان والعيب والغبن أم جعلياً كخيار الشرط .

وكنظير تصرف الواهب في هبته قبل تصرف الموهوب له في الهبة اذا لم تكن الهبة بذي الرحم .

(١) جواب عن الوهم المذكور .

حاصله : أن تنظير الملكية في التصرفات المذكورة بالتصرف في زمن الخيار لمن له الخيار بعيد جـداً ، لأن الملكية لمن له الخيار ثابتة في أيام الخيار ، لكنها متزلزلة ، فإن فسخ البيع زالت الملكية عنه .

وان لم يفسخ ومضى دور الخيار ثبتت الملكية له .

وكذا الواهب إن رجع عن هبته رجع الملك له ، وإن لم يرجع وتصرف الموهوب له في الهبة صار الملك له .

بخلاف مانحن فيه ، حيث إن الملكية لم تحدث وان قصد المتعاطين التمليك ، لأنه بناءً على افادة المعاطاة الاباحة المجردة لامجال للملكية وان قصدها المتعاطيان.

(٢) وهو الشيخ كاشف الغطاء في قول الشيخ : ولذا ذكر بعض الأساطين .

(٣) وهو أن المعاطاة تفيد الاباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك .

(٤) تأتي ذكر هذه القواعد الجديدة فيقول الشيخ منها ومنها ومنها ونحن نشير الى كل واحـدة من هـذه القواعـد الجـديدة برقمها الخاص .

لكن الانصاف أن القول بالتزامهم لهذه الامور (١) أهون من توجيه كلماتهم (٢) ، فإن (٣) هذه الامور لاستبعاد في التزامها اذا اقتضى الاصل (٤) عدم الملكية ، ولم يساعد (٥) عليها دليل معتبر ، واقتضى الدليل (٦)؛ صحة التصرفات المذكورة .

مع أن (٧) المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف

---

(١) وهي القواعد الجديدة .

(٢) اي كلمات الفقهاء كما ارتكب هذا التوجيه المحقق الكركي ، حيث حمل الاباحة المجردة على الملكية المتزلزلة .

(٣) تعليل لكون الالتزام بالقواعد الجديدة أهون من حمل الاباحة على الملكية المتزلزلة .

وقد ذكر الشيخ لعدم استبعاد الالتزام بالقواعد الجديدة اموراً ثلاثة نذكر كل واحد منها برقمها الخاص .

(٤) هذا هو الامر الاول : وهو الاستصحاب اي اذا شككنا في زوال ملكية شيء اذا وقعت المعاملة عليه بالمعاطاة نستصحب الملكية السابقة المتيقنة فنلتزم في التصرفات المتوقفة على الملك في المعاملة المعاطاتي بالملكية الآنية :

(٥) هذا هو الأمر الثاني : وهو عدم وجود دليل معتبر على الملكية في المعاطاة ، لامن اجماع ، ولا رواية ، فلابد من الالتزام بالملكية الآنية في التصرفات المتوقفة على الملك .

(٦) هذا هو الامر الثالث : وهو اقتضاء الدليل الصحيح عند الفقهاء على صحة التصرفات المتوقفة على الملك .

(٧) هذا ترق من الشيخ .

وخلاصته أنه كيف يمكن حمل الاباحة المجردة على الملكية المتزلزلة -

على الملك كاخراجه في خمس ، أوزكاة ، وكوطي الجارية .

وصرح الشيخ في المبسوط بأن الجارية لاتملك بالهدية العارية عن الايجاب والقبول ؛ ولا يحل وطؤها .

ومما يشهد على نفي البعد عما ذكرنا :من (١) ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك: أنه (٢) قد صرح الشيخ في المبسوط ، والحلي في السرائر ، وكظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الايجاب والقبول ولو من الرسول (٣).

نعم يفيد ذلك (٤) اباحة التصرف ، لكن الشيخ استثنى وطي الجارية (٥) .

= مع أن (الشهيد الاول) افادفي حواشيه على القواعد بعدم صحة التصرفات المتوقفة على الملك ؟

فلو كانت المعاطاة مفيدة للملكية المتزلزلة كما حمل المحقق الكركي الاباحة المجردة على ذلك لم يمنع الشهيد اخراج الخمس والزكوات ، ووطي الجارية في المأخوذ بالمعاطاة .

(١) كلمة من بيان لقوله :عما ذكرنا .

(٢) جملة أن مع اسمه مرفوعة محلاً فاعل لقوله : يشهد أي ومما يشهد على مدعانا : صراحة الشيخ في المبسوط .

(٣) اى وان كان الايجاب من قبل حامل الهدية ، فإنه لو صدر منه الايجاب لحصل الملك ، لأنه وكيل عن المالك .

(٤) وهو إهداء الهدية .

(٥) فإنه قال : لايجوز وطي الجارية اذا كانت مهداة لم يحصل فيها الايجاب والقبول ،حيث إن الوطي لايجوز إلا في ملك ، والمفروض أن الهدية قد صدرت بدون الايجاب والقبول ، ومثلها لايملك .

ثم إن المعروف بين المتأخرين أن من قال بالاباحة المجردة في المعاطاة قال : إنها ليست بيعاً حقيقة (١) كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة (٢) ومعقد اجماع الغنية (٣)

وما أبعد مابينه (٤) ، وبين توجيه المحقق الثاني : من ارادة نفي اللزوم (٥) ، وكلاهما (٦) خلاف الظاهر .

---

(١) اذ البيع الحقيقي هو الذي يكون بالايجاب والقبول ، لابالأفعال

(٢) وهي عبارة الشيخ في المبسوط في ص٩٦ ، وعبارة صاحب السرائر في ص ٧٧ وعبارة صاحب الغنية كما عرفتها بتمامها في ص ٧٨ - ٧٩

(٣) وهو قوله في ص٧٩ : يدل على ماقلناه : الاجماع .

(٤) أي بين كلام صاحب الغنية المدعي للاجماع على نفي افادة المعاطاة الملك في ص ٧٩ .

(٥) أي أن الفقهاء يريدون من قولهم : المعاطاة ليست بيعا نفي اللزوم اي ليست بيعاً لازماً ، لانفي اصل بيعيته .

(٦) وهو قول (ابن زهرة) الذي ينفي البيعية عن المعاطاة بقوله : في ص ٧٩ فإن ذلك ليس ببيع .

وقول المحقق من أن المقصود من الاباحة المجردة هي الملكية المتزلزلة .

أما مخالفة القول الأول للظاهر ، فلأن الظاهر من البيع عند العرف هو مطلق البيع ، سواء أكان باللفظ أم بالفعل فيشمل حتى المعاطاة ، لعدم أخذ اللفظ في مفهوم البيع لا عند العرف ، ولا عند اهل اللغة .

فمقصودهم من أن المعاطاة ليس بيعاً : أنه ليس بيعاً لازماً .

وأما مخالفة القول الثاني للظاهر ، فلأن الظاهر من الاباحة هو مجرد اباحة التصرف فقط فمن أين جاءت الملكية حتى تحمل على الملكية المتزلزلة ؟

ويدفع الثاني (١) تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات . وتصريح (٢) غير واحد أن الايجاب والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة (٣)

وأما الاول (٤) فإن قلنا : إن البيع عند المتشرعة حقيقة في الصحيح ولو بناءً على ما قدمناه في آخر تعريف البيع : من أن البيع في العرف اسم للمؤثر منه في النقل (٥)

---

(١) وهو قول المحقق الكركي : من أن المعاطاة تفيد الملكية المتزلزلة

كيفية الدفع : أن البيع المتزلزل منحصر في ثبوت الخيار لذي الخيار والمفروض أن البيع المعاطاتي غير خياري فيكون لازماً بطبعه الاولي ، فمن اين يأتي التزلزل الذي افاده المحقق الكركي ؟ .

(٢) دفع ثان لقول (المحقق الكركي) وقد ذكره الشيخ في المتن .

(٣) إنما قيد البيع بالصيغة ، لأن البيع تارة يقع بالصيغة وهو الايجاب والقبول اللفظيين .

واخرى يقع بالأفعال كالمعاطاة ، فالذي يقع بالصيغة لابد في لزومه أن يقع بالايجاب والقبول اللفظيين .

والذي يقع بالأفعال لايشترط في لزومه الايجاب والقبول ، لعدم وقوعه بالصيغة .

فعلى كل حال لامجال للملكية المتزلزلة .

(٤) اي ويدفع القول الاول وهو قول ابن زهرة الذي نفى البيعية عن المعاطاة من رأسه بقوله في ص٧٩ : فإن ذلك ليس ببيع .

وقد ذكر الشيخ الرد في المتن فلا نعيده .

(٥) وهو معنى اسم المصدر الذي افاده الشيخ بقوله في ص٦٢ : والحاصل أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر . =

فان كان (١) في نظر الشارع ، أوالمتشرعة من حيث إنهم متشرعة ومتدينون بالشرع صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً ، وإلا كان صورياً ،نظير بيع الهازل في نظر العرف ، فيصح على ذلك (٢) نفي البيعية عنه على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة (٣) ، أوفسره بالعقد (٤) ، لأنهم (٥) في مقام تعريف البيع بصدد بيان ماهو المؤثر في النقل في نظر الشارع (٦)

إذا عرفت ماذكرناه (٧) فالأقوال في المعاطاة على ماتساعده ظواهر كلماتهم ستة .

= نعم يمكن أن يقال : إن البيع وشبهه في العرف اذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول البايع : بعت عند الإنشاء : أنه لايستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً .

(١) اي هذا البيع الذي هو في العرف اسم للمؤثر منه وهو اسم المصدر .

(٢) اي على أنه صورة بيع .

(٣) بأن قال : البيع هو الايجاب والقبول اللفظيين .

(٤) بأن قال : البيع هو العقد ، ومن الواضح أن العقد هو الايجاب والقبول .

(٥) تعليل لصحة نفي البيعية عن مثل هذا البيع الذي هو في صورة البيع .

(٦) ولا شك أن البيع المؤثر في نظر الشارع هو البيع المشتمل على الصيغة وهو الايجاب والقبول اللفظيين .

(٧) أي في ص٧١ عند قوله : ولابد أولا من ملاحظة أن النزاع =

(اللزوم مطلقا (١)) كماهوظاهر شيخنا المفيد .

ويكفي في وجود القائل به (٢) قول العلامة رحمه الله في التذكرة : الأشهر عندنا أنه لابدمن الصيغة .

(واللزوم (٣)) بشرط كون الدال على التراضي ، أوالمعاملة لفظاً حكي ذلك (٤) عن بعض معاصري الشهيد الثاني ، وبعض متأخري المحدثين .

لكن في عد هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل (٥) .

= في المعاطاة المقصود بها الاباحة ، أو في المقصود بها التمليك : الظاهر من الخاصة والعامة هو الثاني .

(١) هذا هو القول الاول .

والمراد من الاطلاق هو لزوم المعاطاة ، سواء أكان هناك لفظ لم يكن مشتملا على الايجاب والقبول كقول البايع : خذ هذا ام لم يكن لفظ اصلا بل وقع التعامل بالفعل .

(٢) أي بكون المعاطاة لازماً مطلقا قول العلامة في التذكرة : الأشهر عندنا أنه لابد من الصيغة ، فلفظة الأشهر تدل على أن هناك قولاً غير مشهور وهو القول بلزوم المعاطاة راجع التذكرة من طبعتنا الحديثة . الجزء ٧ ص٣

(٣) هذا هو القول الثاني للمعاطاة أي المعاطاة يفيد اللزوم .

لكن بشرط كون الدال على التراضي ، أو المعاملة لفظاً .

(٤) أي القول الثاني .

(٥) وجه التأمل أن البيع المعاطاتي اذا وقع باللفظ فقد خرج عن كونه بيع معاطاة ودخل في البيع الواقع بالصيغة ، لأن المعاطاة هو البيع المشتمل على جميع شرائط البيع سوى اللفظ ، فلا معنى لتسميته =

(والملك (١) الغير اللازم) ذهب اليه المحقق الثاني ، ونسبه الى كل من قال بالاباحة ، وسوغ جميع التصرفات (٢)

وفي النسبة ماعرفت (٣)

(وعدم (٤) الملك) مع اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثيرة ، بل ذكر في المسالك أن كل من قال بالاباحة يسوغ جميع التصرفات (٥).

(واباحة (٦) ، مالايتوقف على الملك) ، وهو الظاهر من الكلام

= معاطاة اذا اشتمل على اللفظ ، ولا سيما اذا لم نشترط في الايجاب والقبول لفظا خاصاً .

(١) هذا هو القول الثالث للمعاطاة وهي الملكية المتزلزلة كما افادها المحقق الكركي .

(٢) حتى المتوقفة على الملك .

(٣) عند ما ذكر الشيخ أقوال القائلين في المعاطاة من ص ٧٤ - الى ص ٩٠ في رد المحقق الكركي .

(٤) هذا هو القول الرابع للمعاطاة وهو عدم افادة المعاطاة الملك لكنه يفيد اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك مثل العتق والوطي والوقف والبيع .

(٥) حتى المتوقفة على الملك كما عرفت .

(٦) هذا هو القول الخامس للمعاطاة . وهو عدم افادة المعاطاة الملك ، لكنه يفيد اباحة تصرف مالا يتوقف على الملك .

أما المتوقفة على الملك مثل الوقف والبيع ، والوطي والعتق فلايجوز التصرف فيها .

نعم يمكن الاستفادة في العبد والجارية بشتى أنواع الإستفادة .

المتقدم عن حواشي الشهيـــد على القواعد (١) ، وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية من دون ايجاب وقبول (٢).

(والقول (٣) بعدم اباحة التصرف مطلقا) نسب الى ظاهر المبسوط والنهاية ، لكن ثبت رجوعه (٤) عنه في غيرها.

والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة وان قصد المتعاطيان بها التمليك ، بل لم نجد قائلاً به الى زمان المحقق الثاني الذي قال به (٥) ولم يقتصر على ذلك (٦) حتى نسبه الى الأصحاب .

نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة السرائر ، حيث قال فيه :

الأقوى أن المعاطاة غير لازمة (٧) .

---

(١) في ص ٩٥ في قوله : مع أن المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك .

(٢) في قوله في ص ٩٦ : وصرح الشيخ في المبسوط ، والحلي في السرائر بعدم حصول الملك بإهداء الجارية بدون الايجاب والقبول ولو من الرسول

(٣) هذا هو القول السادس للمعاطاة : وهو أن المعاطاة لا يفيـــد الملك ، ولايفيد إباحة التصرف بجميع أنواعه ، سواءً أكان التصرف متوقفاً على الملك ام لا .

(٤) اى رجوع العلامة عن هذا القول في غير النهاية .

(٥) أي بالملك .

(٦) اي على الملكية حتى نسبها الى الأصحاب ، وقد عرفت الخدشة في النسبة من ص ٧٤ ـ الى ص ٩٠ .

(٧) فإن كلمة غير لازمة توهم الملكيـة ، حيث إن اللزوم فرع الملكيـة .

لكن (ابن ادريس) لايقصد بذلك الملكية .

بل لكل منهما فسخ (١) ، المعاوضة مادامت العين باقيـة ، فإن تلفت لزمت (٢) ، انتهى ، ولذا (٣) نسب ذلك اليه في المسالك .

لكن قوله (٤) بعد ذلك : ولا يحرم (٥) على كل منهما الانتفاع بما قبضه ، بخلاف البيع الفاسد (٦) : ظاهر (٧) في أن مراده مجرد الانتفاع اذ لامعنى لهذه العبارة (٨) بعد الحكم بالملك (٩) .

وأما قوله : (١٠) والأقوى الى آخره فهو اشارة الى خلاف المفيد رحمه الله ، والعامة القائلين باللزوم .

واطلاق (١١).

---

(١) فإن كلمة فسخ المعاوضة توهم الملكية ، حيث الفسخ فرع الملكية

(٢) فإن لفظة لزمت توهم الملكية ، اذ اللزوم فرع الملكية .

(٣) اي ولأجل أن عبارة صاحب السرائر موهمة للملكية المتزلزلة نسب الشهيد الثاني هذه الملكية الى ابن ادريس في المسالك .

(٤) اى قول ابن ادريس بعد هذه الجمل .

(٥) هذا مقول قول ابن ادريس بعد تلك الجمل ، فإن تلك الجمل لو كانت تدل على الملك لما كان لقوله : ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه معنى .

(٦) فإنه لايجوز التصرف فيه ، ولا يباح للبايع ، ولا للمشتري أن ينتفعا من الثمن والمثمن .

(٧) خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : لكن قوله

(٨) وهو قول ابن ادريس : ولا يحرم على كل منهما .

(٩) أي بالملكية غير اللازمة .

(١٠) اي قول ابن ادريس .

(١١) دفع وهم

المعاوضة عليها باعتبار (١) ماقصده المتعاطيان .

واطلاق (٢) الفسخ على الرد بهذا الاعتبار ايضاً ، وكذا اللزوم (٣)

ويؤيد ماذكرنا (٤) ، بل يدل عليه : أن الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الايجاب والقبول .

ثم قال : وهل يستغنى عن الايجاب والقبول في هدية الأطعمة ؟

الأقرب عدمه (٥)

نعم يباح التصرف بشاهد الحال (٦).

- حاصل الوهم أنه اذا كان قول ابن ادريس : الاقوى أن المعاطاة غير لازمة اشارة الى مخالفة الشيخ المفيد ، واخواننا السنة القائلين باللزوم في المعاطاة:للمشهور من علمائنا القائلين بعدم افادة المعاطاة الملكية فلماذا اطلق ابن ادريس لفظة المعاوضةعلى المعاطاة في قوله : بل لكل منهما فسخ المعاوضة؟

(١) جواب من الشيخ عن الوهم المذكور .

وخلاصته أن الاطلاق المذكور باعتبار قصد المتعاطين المعاوضة من هذه المعاطاة ، لا أن المعاطاة تفيد الملكية .

(٢) اي واطلاق الفسخ على المعاطاة في قول ابن ادريس : بل لكل منهما فسخ المعاوضة باعتبار ماذكرناه في اطلاق المعاوضة على المعاطاة .

(٣) اي واطلاق اللزوم على المعاطاة في قول ابن ادريس : فإن تلفت لزمت باعتبار ماذكرناه في اطلاق المعاوضة على المعاطاة .

(٤) وهو أن المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة حتى الملكية المتزلزلة .

(٥) اى عدم الاستغناء عن الايجاب والقبول في هدية الأطعمة .

(٦) وهي القرائن الحالية الدالة على أن المهدي عندما يُهدي شيئاً لشخص يجيز له التصرف فيه .

انتهى (١).

وصرح بذلك (٢) ايضا في الهدية فاذا لم يقل في الهدية بصحة المعاطاة فكيف يقول بها (٣) في البيع ؟

وذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني الى حصول الملك .

ولا يخلو (٤) ، عن قوة ، للسيرة (٥) المستمرة على المعاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملـة الملك في التصرف فيه : بالعتق والبيع والوطي والايصاء وتوريثه ، وغير ذلك من آثار الملك .

---

(١) ما افاده العلامة في هذا المقام .

(٢) أي بعدم الاستغناء عن الايجاب والقبول اللفظيين .

(٣) اي بصحة المعاطاة ووقوع البيع بها .

(٤) اى حصول الملك من المعاطاة كما افاده جماعة من الفقهاء ، تبعاً للمحقق الكركي .

من هنا يروم الشيخ أن يستدل على ما قواه من مذهب المحقق الكركي : من افادة المعاطاة الملكية .

وقد استدل على ذلك بثلاثة امور :

(٥) هذا هو (الامر الأول) وهي السيرة المراد منها سيرة المتشرعة

وخلاصة هـذا الامر : أنه من عهد (الرسول الأعظم) صلى الله عليه وآله وسلم ، و(الأئمة من اهل البيت) عليهم الصلاة والسلام الى عصرنا هـذا نرى بالعيان أن المسلمين بما أنهم مسلمون ومتدينون بأحكام الاسلام يتعاملون مع البيع المعاطاتي تعامل الملك فيجرون عليه كل ما كان يجري على البيع : من الوقف والهبة ، والعتق والوطي والتوريث ، من دون توقف .

ويدل عليه (١) ايضاً عموم قوله تعالى : واحَلَّ اللهُ البيع ، حيث

= وكانت هذه السيرة مستمرة في جميع الأعصار والأزمان ، والبقاع والأصقاع ، من غير نكير من احد من المسلمين .

ولم نسمع أن احداً من (أئمة اهل البيت) عليهم السلام يأمر احداً من شيعته في إجراء البيع بالصيغة ، أو يحكم بعدم صحة البيع المعاطاتي وأنه لايملك .

فهذه السيرة القطعية اكبر شاهد على أن المعاطاة يفيد الملكية .

(١) اي ويدل على ماذهب اليه المحقق الكركي ومن تبعه من الأعلام: من أن المعاطاة تفيد الملكية

هذا هو الامر الثاني من الامور التي استدل بها الشيخ على ماذهب اليه : من قوة قول المحقق الكركي .

وجه الاستدلال بآية وَاَحلَّ اللهُ البَيعَ : أنه لاشك في كون المعاطاة احد أفراد البيع ومصاديقه ، لتوفر جميع شرائط البيع فيه : من البلوغ والعقل والاختيار والعلم بالثمن ، والقدرة على التسليم ، وكون المبيع مما يتمول عدا الصيغة المشتملة على الايجاب والقبول ، وهي غير معتبرة في المعاطاة .

فاذاثبت أن المعاطاة احد أفرادالبيع ومصاديقه فقد دل العموم على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع التي منها التمليك فيها ، فالمعاطاة تفيد الملكية

فهنا قياس منطقي من الشكل الاول هكذا :

الصغرى : إن المعاطاة من أفراد البيع ومصاديقه

الكبرى : وكل ما كان كذلك فهو يفيد الملكية

النتيجة : إن المعاطاة يفيد الملكية

إنه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع ·

بل (١) ، قد يقال: إن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع لا (٢) مجرد الحكم التكليفي ، لكنها محل تأمل (٣) .

وأما منع صدق البيع عليه (٤) عرفا فمكابرة

وأما دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية (٥)

---

(١) هذا ترق من الشيخ في المقام

وخلاصته أن الحلية في الآية الكريمة تدل على الحكم الوضعي وهو النفوذ والصحة ، والحكم التكليفي معاً ، لا الحكم التكليفي فقط ، لحكم العرف على أن الآية تدل على الحكم الوضعي بالمطابقة ،فدلالتها على الحكم الوضعي أقوى من دلالتها على الحكم التكليفي فقط .

(٢) اى وليست الآية تدل على مجرد الحكم التكليفي كما عرفت

(٣) اى دلالة الآية الكريمة على الحكم الوضعي بالمطابقة عرفاً محل اشكال .

لعل وجه التأمل أن دلالة الآية الكريمة على الحكم الوضعي وهي الصحة والنفوذ بدلالة المطابقة مبنية على أن معنى أحلّ انفذ حتى تدل الآية على الحكم الوضعي ، وكون احلّ بمعنى انفذ خلاف الظاهر ، لأن الظاهر من احلّ هو الحكم التكليفي .

(٤) أي على المأخوذ بالمعاطاة مكابرة للبداهة ، ومجادلة للضرورة ، ومعاندة للحق ، وللسيرة المستمرة ، واجماع العلماء على معاملة المعاطاة معاملة البيع في جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك .

(٥) حيث ادعى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً في قوله =

فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة (١) التي هو احد العقود ، ولذا (٢) صرح في الغنية بكون الايجاب والقبول من شرائط صحة البيع .

ودعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها (٣)

ومما ذكرنا (٤) : يظهر وجه التمسك بقوله تعالى : إلا أن تَكُون تِجارَةً عَن تَراضٍ (٥)

- في ص ٧٩ يدل على ماقلناه الاجماع .

(١) اي المراد من النفي نفي اللزوم ، لانفي اصل البيعية .

(٢) أي ولأجل أن المراد من النفي نفي اللزوم ، لانفي البيعية من رأسها .

(٣) حيث إن سيرة المتشرعة ، والاجماع من الفقهاء دلت على أن المعاطاة بيع ، وأن العرف العام والخاص يتعاملان معه تعامل البيع في ترتب آثار الملكية عليه .

(٤) وهو الحكم الوضعي الذي هو النفوذ والصحة المستفاد من الحلية المستفادة من الآية الكريمة .

(٥) وجه ظهور التمسك بالآية : أنه بعد القول بأن المعاطاة احد أفراد البيع ومصاديقه ، ويجري فيه كل مايجري في البيع من الشرائط يكون تجارة عن تراض فتشمله الآية الكريمة ، لأن التجارة في الآية مستثناة عن اكل المال بالباطل في قوله تعالى : ولا تأكُلُوا أموالَكُم بَينَكُم بِالباطِلِ ، حيث إن للاكل فردين :

فرداً باطلا وهي التجارة عن غير تراضٍ

وفرداً غير باطل وهي التجارة عن تراضٍ ومنها المعاطاة ، لأن معنى لاتأكلوا أموالكم لاتتملكوها فيما بينكم إلا بالتجارة . -

وأما (١) قوله صلى الله عليه وآله : إن الناس مسلطون على أموالهم (٢) فلا دلالة فيه على المدعى ، لأن (٣)

= ومن الواضح أن المتعاطيين اذا قصدا التمليك نفذ البيع وصح .

هذه هي الأدلة الثلاثة الدالة صريحاً على المدعى: وهي افادة المعاطاة الملكية كما افادها المحقق الكركي .

(١) من هنا يريد الشيخ أن يرد على المستدل بالحديث النبوي المعروف إن الناس مسلطون على أموالهم .

ونحن نذكر كيفية الاستدلال ثم نأتي بالرد .

وخلاصتها أن التسلط الوارد في الحديث عام يشمل جميع أقسامه وأنواعه التي من جملتها تمليك زيد ماله لعمرو بالمعاطاة الواقعة بالفعل إزاء مايعطيه عمرو له بالمعاطاة ايضا ، مع وجود جميع شرائط التعامل المعاطاتي من شرائط المتعاقدين والعوضين .

فلو قلنا بعدم صحة المعاطاة ، وأنه لا يُملك لزم تحديد سلطة الانسان وسلطنته على ماله ، وتضييق دائرة قدرته ، وحصرها في التعامل اللفظي .

وهذا يتنافى مع العموم المذكور في الحديث .

(٢) (بحار الانوار) الجزء ٢ . ص ٢٧١ الحديث ٧ . الطبعة الحديثة .

(٣) من هنا يقصد الشيخ الرد على المستدل بالحديث المذكور .

وخلاصته أن العموم المذكور في الحديث إنما يدل على أنواع السلطنة وأقسامها : من حيث تصرف المالك في ملكه من حيث البيع ، وماشاكل ذلك من مصاديق التصرف .

وأما دلالة الحديث على عموم سلطنة الانسان في ايقاع البيع بأي لفظ =

عمومه باعتبار أنواع السلطنة فهو إنما يجدي فيما اذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك ، وماضية شرعاً في حقه أم لا ؟

أما اذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه ، وماضية شرعاً ، لكن شك في أن هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لابد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم؟.

ومنه (١) يظهر ايضاً عدم جواز التمسك به ، لما سيجيء من شروط الصيغة .

وكيف كان (٢) .

ـ اراد ، وبأي فعل شاء فهي اجنبية عن العموم فلايصح التمسك به في المقام

والفرق بين الاول والثاني : أن نتيجة العموم في الاول أنه لو شك في اصل تمكن الانسان على ماله بأنواع السلطنة وأقسامها يُرفع هذا الشك بهذا العموم الذي هو بالاطلاق

بخلاف مالو شك في أنه يتمكن من التصرف في ماله بالسبب الفعلي المعبر عنه بالمعاطاة ، فإنه لايتمسك باطلاق هذا العموم على صحة تصرفه بالسبب الفعلي .

(١) أي ومن قولنا : فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم الناس مسلطون على أموالهم : يظهر ايضا عدم جواز التمسك بالعموم المذكور على نفي شرطية شيء ، أوجزئيته في الايجاب والقبول اذا شككنا فيهما في باب شروط الصيغة ، لعين الملاك الموجود في عدم جواز التمسك به على سببية المعاطاة للتمليك .

(٢) أي أي شيء قلنا في الحديث النبوي صلى الله عليه وآله وسلم

ففي الآيتين (١) ، مع السيرة (٢) كفاية .

اللهم (٣) إلا أن يقال : إنهما لاتدلان على الملك وإنما تدلان على اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع والوطي والعتق والإيصاء .

واباحة (٤) هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات : من الاجماع ، وعدم القول بالإنفكاك ، دون (٥) ،

---

(١) وهما : قوله تعالى : اَحَلّ اللهُ البيع .

وقوله : إلا أن َتكُونَ ِتجاَرةً َعن َتراضٍ .

(٢) وهي سيرة المتشرعة كما عرفتها

(٣) هذه مداعبة من الشيخ في الواقع مع المستدل بالعموم الواردة في الحديث على افادة المعاطاة التمليك .

وليس قوله : اللهم إلا أن يقال رجوع عن مقالته : من عدم دلالة الحديث على افادة المعاطاة التمليك وان كان في الواقع رجوعاً عن اصل مدعاه وهي افادة المعاطاة التمليك .

(٢) دفع وهم .

في هذا الوهم يريد المتوهم أن يثبت الملكية للمعاطاة بقياسه المعاطاة بالبيع في افادته الملكية من بداية الامر بالملازمة بين التصرفات المطلقة ، وبين الملكية

حاصل الوهم أن اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك في المعاطاة دليل على أنها تفيد الملكية من أول الامر ، للملازمة بين هذه التصرفات ، وبين الملكية ، لأن افادة المعاطاة الاباحة التي هو اللازم هو مقتضى الآيتين فيتحقق الملزوم وهي الملكية من أول الامر .

كما أن الملكية من أول الامر هي المستفادة من العقود المنشأة بالألفاظ

(٥) جواب عن الوهم المذكور .

المقام الذي لايعلم ذلك (١) منهم ، حيث (٢) اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات .

وصرح (٣) في المسالك أن من اجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات

وحاصله أنه فرق بين المقيس عليه الذي هي العقود المنشأة بالألفاظ وبين المقيس وهي المعاطاة ، اذ الملازمة المذكورة مختصة بالمقيس عليه وهو البيع فلا تتعدى منه الى غيره ، لأنها ليست عقلية ، ولا عادية بل هي شرعية محضة فتنحصر في محلها : وهو المقيس عليه ، لأنها ثبتت فيه بالاجماع : من أن العقد الصادر باللفظ يفيد الملكية من اول الأمر أو بعدم الإنفكاك بين التصرفات المذكورة ؛ وبين الملكية من أول الامر في العقود المنشأة بالأقوال .

بخلاف مانحن فيه وهو المعاطاة الذي لم يقع اجماع على الملازمة المذكورة فيه ، ولا القول بعدم الإنفكاك بين اللازم والملزوم .

إذاً تنحصر الملازمة الشرعية في المقيس عليه ، ولا تتعدى الى غيره من المعاملات الجارية بالأفعال .

(١) وهي الملازمة المذكورة كما عرفتها .

(٢) تعليل لعدم العلم بالقول بالملازمة المذكورة من الفقهاء اى عدم العلم لاجل أن القائلين بعدم افادة المعاطاة الملك اطلقوا اباحة التصرفات اي قالوا بجواز أي تصرف في المأخوذ بالمعاطاة ولو كان متوقفاً على الملك .

فهذا الاطلاق كاف في عدم ثبوت تلك الملازمة فيما نحن فيه .

(٣) تأييد من الشيخ لما افاده : من أن القائلين بالاباحة المجردة قد اباحوا جميع التصرفات .

غاية الامر (١) أنه لابد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناً مّا ، فإن (٢) الجمع بين اباحة هذه التصرفات وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار (٣) ، ولا يتوقف (٤) على الإلتزام بالملك من اول الامر فيقال (٥) : إن مرجع هذه الاباحة ايضاً الى التمليك .

وأما ثبوت السيرة (٦) واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيرهم

---

(١) خلاصة هذه العبارة أن من قال بافادة المعاطاة الاباحة ، وافاد جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك يلتزم بالملكية الآنية قبل تلك التصرفات كما في تملك الولد العمودين قبل عتقهما آناً مّا ثم يُعتقان ، حيث إنه لاعتق إلا في ملك .

ومن ناحية اخرى أن الوالد لايملك ابويه .

فالجمع بين الاصلين المذكورين هو القول بالملكية الآنية حتى يصح العتق .

ففيما نحن فيه وهي المعاطاة نلتزم في التصرفات المتوقفة على الملك بالملكية الآنية ، فالتصرفات المذكورة تكشف عن سبق الملك على هذه التصرفات .

(٢) تعليل للالتزام المذكور وقد عرفته آنفاً عند قولنا : خلاصة هذه العبارة .

(٣) وهي الملكية الآنية .

(٤) اي التصرف المتوقف على الملك لايتوقف على الالتزام بالملكية من بداية وقوع المعاطاة .

(٥) الفاء هنا بمعنى حتى اى حتى يقال .

(٦) هذا رد على السيرة التي استدل بها الشيخ على مدعاه: وهو -

الناشئة عن المسامحة ، وقلة المبالاة في الدين مما لايحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم كما لايخفى (١)

ودعوى أنه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هـذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد : من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة ، وثمن الهدي ، وعدم جواز وطي الجارية المأخوذ بها (٢) .

وقد صرح الشيخ رحمه الله بالأخير (٣) في معاطاة الهدايا،فيتوجه (٤)

= افادة المعاطاة التمليك بقوله في ص ١٠٥ : ولايخلو عن قوة،للسيرة المستمرة

(١) ان كان المراد من السيرة سيرة المتشرعة كما استظهرناها بقولنا في الهامش ٥ ص١٠٥ المراد بالسيرة سيرة المتشرعة فلا مجال لهذا التحامل ، حيث إنهم متدينون وملتزمون بأحكام الاسلام لايعصون الله عز وجل فيما امرهم به ، وما نهاهم عنه مهما بلغ الامر .

نعم لوكان المرادبها سيرة السوقة ومن لايهمه أمر الدين ، ولا يبالي بما قيل أو يقال في حقه فيأتي ماذكره الشيخ في حقهم .

والظاهر أن مراد الشيخ من السيرة سيرة اهل السوق ، وأهل المطامع والذين يقدمون المادة على كل شيء ، ولذا افاد ماذكر .

وهؤلاء كما افاد في حقهم الشيخ لايبالون عن كل شيء .

(٢) اي بالمعاطاة .

(٣) وهو عدم جواز وطي الجارية المأخوذة بالمعاطاة في كلامه المتقدم في ص ٩٦

(٤) الفاء تفريع على ما افاده بقوله : ودعوى أنه لم يعلم .

وخلاصته أنه بناءً على عدم العلم بكون القائل بالاباحة المجردة في المعاطاة يجوّز =

التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك :

مدفوعة (١) بأنه وان لم يثبت ذلك ، إلا أنه لم يثبت أن كل من قال باباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من اول الامر فيجوز (٢) للفقيه حينئذ التزام اباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك ، لامن اول الامر .

فالأولى (٣) حينئذ التمسك في المطلب : بأن المتبادر عرفاً من حل البيع

= التصرفات المتوقفة على الملك : لابد حينئذ من التمسك بعموم آية "وَاحلَّ اللهُ البَيعَ" على جواز مثل هـذه التصرفات ، لعدم وجود شيء آخر حتى يتمسك به .

(١) مرفوعة خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : ودعوى ، اى الدعوى المذكورة مردودة .

وخلاصة الرد : أنه كما لم تثبت جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كذلك لم يثبت افادة المعاطاة الملكية من حين وقوعها ومن اول الأمر من جانب القائل بجواز جميع التصرفات .

(٢) الفاء تفريع على ما افاده : من عدم ثبوت الملكية من حين وقوع المعاطاة اى فعلى ضوء ماذكرناه لك لابد للفقيه في مثل هذه التصرفات الالتزام بالملكية الآنية عند التصرف حتى تصح هذه التصرفات ، لا القول بافادة الملكية من أول الامر ، وحين وقوع المعاطاة .

(٣) من هنا كلام (الشيخ الأنصاري) والفاء تفريع على قوله في ص١١١ : اللهم إلا أن يقال اي فعلى ضوء ماذكر في القيل : من عدم دلالة الآيتين على افادة المعاطاة الملكية من اول الامر ، وعدم حجية السيرة المذكورة فالأولى التمسك للمدعى بالتبادر العرفي الذي هي الملازمة العرفية بين صحة

صحته شرعاً . هذا (١)

مع (٢) امكان اثبات صحة المعاطاة في الهبة والاجارة ببعض اطلاقاتها

- المعاطاة التي هو الحكم الوضعي وهو النقل والانتقال ، وبين حلية التصرفات على الملك .

(١) اي خذ ماتلوناه عليك في هذا المقام من النفي والاثبات .

(٢) هذا ترق من الشيخ

وخلاصته أن لنا دليلاً آخر بالاضافة الى ماذكرناه: من الآيتين، والسيرة والتبادر العرفي : وهو الاجماع المركب :

بيان ذلك : أنه يمكن اثبات وقوع المعاطاة وصحتها في الاجارة والهبة ببعض اطلاقاتها .

أما اطلاق المعاطاة على الاجارة فكقوله عليه السلام :

وأما تفسير الاجارة فاجارة الانسان نفسه ، أوما يملكه ، أويلي امره : من قرابته ، أو دابته ، أو ثوبه بوجه الحلال من جهات الاجارة .

راجع الجزء ١ من (المكاسب) من طبعتنا الحديثة . ص ٢٧

فكلمة الاجارة الواقعة في الحديث مطلقة ليست مقيدة باللفظ المشتمل على الايجاب والقبول فتقع بالمعاطاة ايضا .

وأما إطلاق المعاطاة على الهبة في الحديث . اليك نصه .

عن أبي بصير عن (أبي عبدالله) عليه السلام قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : الهبة جائزة قُبِضت أولم تُقبَض قسمت أو لم تُقسَّم .

(وسائل الشيعة) الجزء ١٣ ص ٣٣٥. الباب ٤ من أبواب الهدايا الحديث ٤

فكلمة الهبة الواقعة في الحديث مطلقة ليس فيها تقييد باللفظ المشتمل على الايجاب والقبول فتقع بالمعاطاة ايضا .

ثم تتميم هذا الإمكان في البيع ؛ سواء وقع باللفظ ام بالفعل الذي

وتتميمه (١) في البيع بالاجماع المركب هذا (٢) ، مع (٣) أن ماذكر : من أن للفقيـــه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق

هو المعاطاة بالاجماع المركب : وهو أنه كل من قال بصحة وقوع المعاطاة في الاجارة والهبة قال بصحة وقوعها في البيع من دون فصل ، ووجود قول ثالث بين القولين .

(١) بالجر عطفاً على مجرور (الباء الجارة) في قولـــه : ببعض اطلاقاتها،أي وبتتميم هذا الإمكان في البيع بالاجماع المركب كما عرفت آنفاً

(٢) اي خذ ماتلوناه عليك من إمكان اثبات صحة المعاطاة في البيع بوقوعه في الاجارة والهبة بالاجماع المركب .

(٣) هذا اشكال من (شيخنا الانصاري) على ما افاده القيل : من عدم وجود مانع للفقيه من التزامه الملكية الآنية عند التصرف في الأشياء المتوقفة على الملك .

وخلاصته أن استناد التزام الملكية الآ نية الى المتفقه الذي لم يبلغ درجة الاجتهاد المطلق غير مناسب له وغير لائق بمقامه .

فكيف بالفقيه الذي بلغ درجة الاجتهاد المطلق ، لأن لازم هـــذا الالتزام تأخر السبب الذي هو التصرف عن المسبب وهي الملكية الآ نية وهو غير معقول ، لأن المعاطاة اذا لم تؤثر في الملكية مع أنها سبب عقلائي لها فكيف بتأثير التصرف فيها ، فالقول بالالتزام المذكور لايناسب والفقاهة .

(إن قلت) : اذا كانت الملكية الآ نية لاتناسب مقام الفقاهة فكيف قال الفقهاء بالملكية الآنية في تملك الانسان عموديه اذا بيعا عليه ، أو اسّرهما في الحرب ، حيث جوزوا ذلك وافتوا بعتقها عليه حالاً .

(قلنا) : الامر كما تقول في تملك العمودين . =

بالمتفقه فضلاً عن الفقيه ، ولذا (١) ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد (٢) : أن القول بالاباحة المجردة .

مع فرض قصد المتعاطيين التمليك والبيع : مستلزم لتأسيس قواعد جديدة :

(منها) (٣) : أن العقود وما قام مقامها لاتتبع القصود .

= لكن المانع فيما نحن فيه هو تأخر السبب عن المسبب كما عرفت .

بخلاف تملك العمودين ، حيث لايلزم فيه تأخر السبب عن المسبب لأن السبب هو الاسر لو فرض أنه اسرهما في الحرب فبنفس الاسر يملكهما آناًما ثم يُعتقان عليه قهراً وحالاً .

(١) اي ولأجل عدم مناسبة لاضافة الملكية الآنية للمتفقه فضلاً عن الفقيه ذكر بعض الأساطين وهو (كاشف الغطاء) .

(٢) أي استبعاد كون الفقيه يلتزم بالملكية الآنية .

(٣) أي من تلك القواعد الجديدة المتفرعة على القول بافادة الاباحة المجردة .

هذه (اولى قاعدة جديدة) افادها (كاشف الغطاء) :

(وهو تخلف العقود عن القصود) .

وهذه القواعد الجديدة ثمانية نشير الى كل واحدة منها برقمها الخاص عندما يذكرها الشيخ .

وخلاصة القاعدة الأولى أن لازم القول بافادة المعاطاة الاباحة عدم متابعة العقود للقصود ، لأن ماوقع وهي الاباحة لم يقصد من المتعاطين ، وما قصد وهو التمليك الذي قصده المتعاطيان لم يقع في الخارج ، فيلزم حينئذ تخلف العقود عن القصود .وهو خلاف الفرض في العقود ، لأن العقود تابعة للقصود

(ومنها) (١) أن يكون ارادة التصرف من المملكات فتملك العين أوالمنفعة بارادة التصرف بهما : (٢) ، أو معه (٣) دفعة وان لم يخطر ببال مالك الاول (٤) الاذن في شيء من هـذه التصرفات (٥) ، لأنه (٦) ، قاصد للنقل من حين الدفع ، وأنه لاسلطان له بعد ذلك (٧)

بخلاف (٨) ، من قال : اعتق عبدك عني

---

(١) اى ومن تلك القواعد الجديدة المتفرعة على القول بالاباحة .

هذه (ثانية القواعد الثمانية) الجديدة : (وهو كون الإرادة مملكة) وخلاصتها أن لازم القول بافادة المعاطاة الاباحة كون الإرادة بنفسها مملكة للعين ، أو المنفعة عنـدما يتصرف المتعاطيان في احـداهما وهو امر غير معقول .

ثم إن الإرادة تارة تكون بنفسها مملكة من دون ضم شيء معها :

واخرى مع الضم وهو التصرف : بأن يكون المملك مركباً منهما اى من الإرادة والتصرف .

(٢) اي بالعين ، أو المنفعة كما عرفت .

(٣) اى مع التصرف كما عرفت ذلك .

(٤) وهو الذي كان المبيع ملكاً له قبل الإقدام على المعاطاة .

(٥) وهي المتوقفة على الملك كالعتق والوطي والوقف .

(٦) تعليل لعـدم خطور الاذن للمالك الأول في شيء من هـذه التصرفات المتوقفة على الملك .

(٧) اي بعد رفع العين الى الطرف المقابل الذي اخذت منه السلعة بالمعاطاة ، لأنه قطع علقة المالكية عن نفسه وأضافها الى الآخر .

(٨) اى بخـلاف قول القائل : اعتق عبـدك عني ، فإنه يحتاج -

أو تصدق (١) بمالك عني

(ومنها) (٢) :

= الى الاستجابة من مولى العبد اولا حتى يصح عتقه عنه .

فإعتاق مولى العبـد عبده عن القائل استجواب له ، لأن القائل : اعتق عبدك عني يقصد التصرف الناقل الى ملكه ثم اعتاقه عنه فيكون هذا القول مخالفاً لتلك الامور المتوقفة على الملك ؛ لأن تلك الأمور لا تحتاج الى الاستجابة في تصرفاتها ، حيث إن كل واحـد من المتعاطيين عند ارادة التصرف فيها يلتزم بالملكية الآنية فيتصرف فيها .

(١) في جميع النسخ الموجودة عندنا أو تصدق بمالي عنك .

والصحيح ما اثبتناه ، لأن الجملة معطوفة على سابقتها وهو قوله : اعتق عبدك عني .

فكما أن القائل : اعتق عبدك عني في مقام الاستجواب عن مولى العبد وارادته منه لينقله الى ملكه ثم يعتقه عنه حتى يصح من المولى هذا الإعتاق .

كذلك في قوله : تصدق بمالك عني في مقام الاستجواب عن صاحب المال ، وارادة نقله اليه ، ليصح التصدق عنه .

فالجملتان: العاطف والمعطوف على نسق واحد في الحكم وهوالاستجواب وارادته من مولى العبد ، وصاحب المال .

بخـلاف مالو كانت الجملـة تصـدق بمالي عنك ، فإنها لا تحتاج الى الاستجواب ، لأن المال راجـع الى القائل يأمر المخاطب بتصدقه عنه في سبيل الله عزوجل ، فالجملة الثانية تكون اجنبية عن الأولى لاربط لها بها .

(٢) اي ومن تلك القواعـد الجديدة المتفرعة على القول بافادة =

أن الأخماس (١)

= المعاطاة الإباحة هذه (ثالثة القواعد الثمانية الجديدة) .

وقد ذكر في هذه القاعدة ترتب مفاسد كثيرة ترتقى الى اثنتي عشرة مفسدة .

ونحن نذكرها بتمامها ونشير الى كل واحـــدة منها برقمها الخاص عندما يذكرها (الشيـخ الأنصاري) .

(١) هذه هي (المفسدة الاولى) المترتبة على تلك القاعدة .

وخلاصتها: أن لازم القول بالاباحة المجردة تعلق الخمس بالمأخوذ بالمعاطاة: بمعنى أنه لو اخذ شيء بالمعاطاة في مقابل شيء اخذ بالمعاطاة ثم تصرف احدهما فيما اخذه من صاحبه ولم يتصرف الآخر فيما اخذه من صاحبه ، وكان المأخوذ مما قد تعلق الخمس به إما بواسطة الربح ، أو بمضي الحول عليه فحينئذ يلزم تعلق الخمس بغير المملوك ، لأن مافي يده ليس ملكه ، حيث إن الآخر لم يتصرف فيما اخذه من صاحبـــه فهو ملك له كما أن ماأعطاه لصاحبه ليس ملكا له بل ملك له ، لأن المعاطاة فرضاً لاتفيد الملكية ، بل تفيد الاباحة المجردة ولم يقل احد من الفقهاء بتعلق الخمس بغير الملك .

ثم رأينا من المناسب عندما يذكر كاشف الغطاء الخمس واخواته : أن نشرح على نحو الايجاز حول كل واحد من المذكورات ماايناسب المقام فنقول :

الأخماس جمع خمس بضم الخاء وسكون الميم ، أوضمها

والخمس جزء من خمسة أجزاء $\frac{١}{٥}$ قد فرضه الله عز وجل في كتابه العزيز على عباده المؤمنين بالشروط المقررة في (فقـــه الامامية) فهو واجب إلهي في سبعة أشياء . اليك أسماءها .

. . . .

= (الاول) : الغنيمة وهي التي حازها المسلمون من أموال اهل الحرب في المعركة وكانت الحرب باذن (الرسول الأعظم ، أو الامام) عليهم الصلاة والسلام بشرط أن لاتكون الغنيمة من سرقة ، أو غيلة .

(الثاني) : المَعدِن وهو كل مايستخرج من الارض : بأن كانت الارض اصلاً له .

(الثالث) : الغوص في البحار لإخراج اللؤلؤ والمرجان والذهب والفضة .

(الرابع) : أرباح المكاسب في التجارة والزراعة ، وغرس الأشجار

(الخامس) المال الحلال المختلط بالمال الحرام بحيث لا يُميَّز ولا يعلم صاحبه .

(السادس) : الكنز وهو المال المدخور تحت الأرض .

(السابع) : ارض الذمي المنتقلة اليه من مسلم .

ويجب اخراج الخمس من هذه الأشياء ، وتقسيمه ستة أسهم حسب التقسيم الإلهي في القرآن المجيد بقوله عز من قائل :

﴿وَاعلَموا أنَّما غَنِمتُم مِنْ شَيءٍ فَأنَّ لِلهِ خُمُسَهُ وَلِلرسُولِ وَلِذي القُربى وَاليَتامى وَالمَساكِينِ وَابنِ السَبيلِ﴾ . الأنفال : الآية ٤١

والمراد من ذوي القربى هم (الأئمة الاثنا عشر من اهل البيت) عليهم السلام .

فيعطى سهم الله والرسول مع سهم ذى القربى للامام عليه السلام في حضوره وعصره ، وفي غيبته عجل الله تعالى لصاحبها الفرج لنوابه وهم الفقهاء الامامية الذين بلغوا درجة الاجتهاد المطلق ،ولهم اهلية الإفتاء ـ

. . . .

= والسهام الثلاثة الباقيـة تعطى لليتامى والمساكين وابن السبيل من آل هاشم المنتسبين اليـــه من طرف الإب ؛ طبقاً للشروط المقررة في الـكتب الفقهية الامامية .

وهناك رأي (للسيد المرتضى) أنه يُعطى الخمس لمن انتسب الى هاشم من طرف الام .

جعل الله عز وجل هذه المنحة والعطية (للبيت الهاشمي) في مقابل الزكوات الواجبة التي خصها الله جل جــلاله بالطوائف المذكورة في آية الصدقات بقوله عزّ من قائل :

إنمَا الصَّدَقاتُ لِلفُقَراءِ وَالمَساكينِ وَالعامِلينَ عَلَيها وَالمؤلَّفَةِ قُلوبُهمُ وَفي الرِّقابِ وَالغارِمينَ وَفي سَبيلِ اللهِ وَابنِ السَّبيلِ (١)

وليس جعل الخمس وتشريعه في الاسلام ، واختصاصه بالبيت الهاشمي من قبل (الرسول الأعظم) صلى‌الله عليه وآله وتلقاء نفسه حتى يقال : لماذا خص ذريته بذلك ؟

وهل هذا إلا تفضيل ذريته على بقية الأمم والعناصر ؟ حتى يقال : هذا يتنافى وقوله تعالى : إنَّ أكرَمَكُم عِندَ اللهِ أتقَاكُم .

بل جعل الخمس منحة إلهية ربانية خصه بذرية رسوله العظيم ، تكريماً لهذا البيت السامي الرفيع ، وتعظيما لرسوله الكريم .

وفي هــذا الاختصاص سر إلهي لاتصل اليه العقول إلا من كان له حظ عظيم من المعارف الإلهية ، والمواهب الربانية . =

(١) التوبة : الآية ٦١ .

والزكوات (١)

– ولعل بعض السر كونه اجر الرسالة والمشاق التي تحملها صلى الله عليه وآله وسلم في سبيل التبليغ كما قال صلى الله عليه وآله: ما أُوذي نبي مثل ما اوذيت

كما فرض الباري عز وجل المودة (لذوي القربى) الذين هم (أئمة أهل البيت) في قوله تعالى : ُقل لا اَسئُلكُم َعلَيه ِ َاجراً إلاّ المودّة َ في القُربى (١) الشورى: الآية ٢٣ .

بالاضافة الى أن الاسلام قد اجاز لغير ذرية (الرسول الأعظم) اخذ حق الامام عليه السلام الذي هو من خصائصه ، وصرفه في سبل الخير ومشاريعه كما عليه ديدن الفقهاء الامامية .

فاختصاص الخمس بذريته صلى الله عليه وآله وسلم لايتنافى وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لا فضل لقرشي على عربي ، ولا لعربي على عجمي ، ولا لأسودَ على ابيض وقد قال عز وجل : وما َينطقُ َعن ِ الهَوى ِان ُهوَ إلاّ وحي ُيوحى (٢) النجم : الآية ٣ـ ٤

(١) هذه هي (المفسدة الثانية) اي بناءً على القول بالاباحة المجردة يلزم تعلق الزكاة بالمأخوذ بالمعاطاة اذا كان زكوياً بعين ماذكر في الخمس من كون التعلق يكون بمال الناس ، حيث إن الآخر لم يتصرف فيما اخذه فهو باق على ملك صاحبه كما كان ذاك باق على ملك صاحبه .

والزكوات بفتح الزاي والكاف جمع زكاة بفتح الزاي اسم مصدر والمصدر تزكية من باب التفعيل من زكّى يزكي معناه لغة النمو والإزدياد يقال : زكى الشيء اى نما وزاد ، ويستعمل لازما كما عرفت من المثال .

والاستطاعة (١)

- ومتعديا كقولك : زكاه اى اصلحه وطهَّره .

وشرعاً : إخراج المكلف مقدارا معينا من ماله اذا بلغ المال الحد الشرعي المعين ؛ والمقدر من قبل الشارع حسب الشروط والقيود المقررة في (الكتب الفقهية الامامية) .

ويسمى هذا المقدار نصاباً .

وتجب الزكاة في تسعة أشياء عند (الطائفة الامامية) .

(الاول الحيوانات) : الابل ، البقر ، الغنم .

(الثاني الغلات) : الحنطة ، الشعير ، التمر ، الزبيب .

(الثالث النقدان) : الذهب ، الفضة المسكوكان .

وتجب الزكاة على البالغ العاقل الحر المتمكن من التصرف فلا زكاة على المجنون والصبي ، وغير المتمكن من التصرف في ماله .

إما شرعاً كالراهن والناذر بصدقة ماله المعين والواقف ماله المعين في سبيل الله .

وإما قهراً كمن سُرق ماله ، أو غُصب ، أو جُحِد ، أو في مكان لايدري أينه ، وفي أي صقع من الأصقاع ، أو جاءه ارث زكوي ، لكنه لم يصل اليه حتى يزكيه .

راجع حول الخمس والزكاة (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء ٢ كتاب الزكاة ص ١١ الى ٦٢ وكتاب الخمس ص ٦٥ الى ٨٩

(١) هذه هي (المفسدة الثالثة) المترتبة على القاعدة الجديدة وهي كالخمس والزكاة في تعلقها بما في اليد بعين الملاك الموجود فيها .

ثم الحج على ثلاثة أقسام : التمتع . القران . الإفراد

والديون (١)

= (الأول) : فرض من بعد عن مكة المكرمة بمقدار ثمانية واربعين ميلاً من الجوانب الاربعة :

الشرق . الغرب . الشمال . الجنوب .

وكل ميل كيلو مترين فيضرب الاثنان في ٤٨ ميل هكذا :

٢ × ٤٨ = ٩٦ كيلو متراً

وهذا المقدار يساوي ستة عشر فرسخاً ، حيث إن الفرسخ يساوي ستة كيلو مترات .

هذا بناءً على القول الأصح في فرض التمتع كما ذهب اليه الشهيدان للأخبار الصحيحة الواردة في ذلك .

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء ٢ . ص ٢٠٤ .

وراجع حول الأخبار (وسائل الشيعة) الجزء ٥ الباب ٦ ص ١٨٧

(الثاني والثالث) : فرض من لم يبعد عن مكة المكرمة بالمقدار المذكور .

(١) هذه هي (المفسدة الرابعة) اي يلزم على ذلك ترتب الديون على مافي اليد الذي هو ملك الغير بالتقرير المتقدم في زميلاته .

والديون جمع دين بفتح الدال وسكون الياء مصدر دان يدين معناه لغة الإقراض الى اجل محدود ، أو غير محدود .

يسمى المعطي (دائن - مقرض) والآخذ (مدين مديون مقروض)

ويجب على المدين اداء دينه في صورة التمكن من الأداء مهما بلغ الامر وكلف فوراً . =

والنفقات (١)

- ولو مات المدين وجب على الوراث اداؤه من الاصل مقدماً له على الارث .

ولو مات الدائن وجب على المدين دفعه الى وارثه إن كان موجوداً وقريباً ، وإلا الى الأبعد فالأبعد .

(١) هذه هي (المفسدة الخامسة) اي يلزم بناءً على ذلك ترتب النفقة على مافي اليد الذي هو ملك الغير بالتقريب المتقدم في زميلاته .

والنفقات بفتح النون والفاء جمع نفقه بفتح الثلاثة معناها لغة الإنفاد الإفناء والرواج ، يقال : انفق الشيء أي أنفد وُفني وراج .

وموجبات النفقة ثلاثة :

(الاول) : الزوجية اذا كانت بالعقد الدائم بشرط تمكينها للزوج: باستمتاع الزوجية ، وعدم نشوزها : بعصيانها له بالكلام البذي ، والخروج من الدار بغير اذنه .

ولا فرق في الزوجة بين الحرة والأمة ، وبين المسلمة والكافرة ، بناءً على جواز تزويج الكافرة الكتابية دائماً .

والواجب على الزوج في هذه النفقة القيام بجميع شئون الزوجة في احتياجاتها: من الطعام والإدام ، والكسوة والدار والخادمة ، ووسائل التزين والتنظيف .

ومرجع هذه الأمور من حيث الكمية والكيفية عادة أمثالها،كل ذلك في صورة الامكان .

(الثاني) : القرابة البعضية : اى يكون المنتسب بعضاً من منتسبيه كالابوين فصاعداً . -

وحق المقاسمة (١) والشفعة (٢)

- والأولاد فنازلاً ، ذكوراً كانوا أوأناثا ، منتسبين لابن المنفق ، أولبنته والأبوان والأولاد مقدمون على بقية الأقارب .

وقيل : تجب النفقة على كل الأقارب لقوله تعالى :

﴿وَعَلَى المَولُودِ لَهُ رِزقُهُنَّ وكِسوَتُهُنَّ بِالمَعرُوفِ﴾

﴿وَعَلَى الوارِثِ مِثلُ ذلِكَ﴾ . البقرة : الأية ٢٣٢ - ٢٣٣

وشرط استحقاق النفقة في غير الزوجة الفقر والعجز عن الكسب ، كما أن شرط وجوب الإنفاق زيادة ماله عن قوته ، وقوت زوجته عن مقدار يومه وليلته .

والأب مقدم على الام ، وغير الام في الإنفاق على الولد .

(الثالث) : الملك ، سواء أكان انساناً كالعبد ام حيوانا كالبهائم .

والإنفاق على البهيمة عبارة عن تعليفها وسقيها وإيوائها في مكان : من مراح واصطبل يليق بحالها : بأن يكون الاكل والسقي والإيواء مناسباً لحالها ، فلا يُطعم الابل ما يُطعم الدجاج والطير ، ولا البقر ما يُطعم الابل من الشوك ، وهكذا .

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة . الجزء ٥ من ص ٤٦٥ الى ص ٤٨٦ .

(١) هـذه هي (المفسدة السادسة) اى يلزم على ذلك تعلق حق المقاسمة بما في اليد الذى هو ملك الغير بالتقرير المتقدم في زميلاته .

وقد مضى شرح المقاسمة في الجزء ٥ من المكاسب من طبعتنا الحديثة في الهامش ٢ ص ١٦٤ فراجع.

(٢) هذه هي (المفسدة السابعة) أي يلزم على ذلك تعلق حق -

والمواريث (١)

= الشفعة بما في اليد الذي هو ملك للغير بالتقرير المتقدم في زميلاته .

وقد مضى شرح الكلمة في المصدر نفسه الجزء ٦ في الهامش ٣ ص ١٦ فراجع .

(١) هذه هي (المفسدة الثامنة) اى يلزم على ذلك تعلق الميراث بما في اليد الذي هو ملك الغير بالتقرير المتقدم في زميلاته .

والمواريث بفتح الميم جمع ميراث بكسر الميم وسكون الياء وزان ميعاد ميزان ميقات اصله موراث كزميلاته أُعِلّ اعلالها : من قلب الواو الساكنة ياءً اذا كان قبلها مكسوراً وهو مشتق من ورث يرث معناه لغة انتقال مال من شخص الى آخر بعد وفاته .

يقال : فلان ورث المال ، أو المجد من فلان اي انتقل المال أو المجد اليه .

ويقال لمن انتقل اليه ذلك : الوارث ، ولمن خلّف ذلك : المورث ، ولنفس الشيء : الميراث . الموروث . التركة .

وشرعاً انتقال مال من شخص لآخر بعد وفاته بسبب استحقاق الآخر ذلك بنسب ، أو سبب .

وللارث موجبات وموانع

أما الموجبات : فاثنان

(الاول) : النسب وهو الانصال بالولادة بانتهاء احدهما الى الآخر

وللنسب ثلاث طبقات طولياً ، اي لاترث المرتبة الثانية مع وجود المرتبة الأولى ؛ ولا الثالثة مع وجود الثانية .

(الطبقة الاولى) : الآباء وهما : الأبوان . اى الأب والام للميت دون آبائهما .

=

. . . .

- والأولاد وان نزلوا .

(الطبقة الثانية) : الاخوة والأخوات للابوين ، أولأحدهما ، والأجداد والجدات .

(الطبقة الثالثة) : الأعمام والأخوال للابوين ، أو أحدهما ، فلا عول ولا تعصيب عندنا .

(الموجب الثاني) : السبب وهو عبارة عن الاتصال إما بالزوجية أو بالولاء .

والسبب الزوجي يجتمع مع جميع الطبقات ، ولا ينفك عنها ، أي الزوجة ترث مع وجود الآباء والأولاد والأخوة ، والأخوات ، والأجداد والجدات والأخوال فلا يمنع وجود هؤلاء الزوجة عن الارث فهي تأخذ نصيبها الأعلى وهو الثمن اذا كان لزوجها ولد منها ، أو من غيرها .

والربع إذا لم يكن لزوجها ولد لامنها ، ولا من غيرها .

وكذا الزوج يجتمع مع جميع الطبقات المذكورة ، ولا يعارضه احد من الطبقات فهو يأخذ نصيبه الأعلى إن ماتت زوجته ولم تخلف ولداً لامن زوجها الموجود ، ولا من غير الموجود .

ثم الارث يقسم ستة أقسام حسب آيات الارث

اليك السهام :

النصف . الثلث . الثلثان . الربع . السدس . الثمن .

وأما أهل السهام فاليك اسماءها : النصف للبنت الواحدة ، وللزوج اذا لم يكن للزوجة ولد ، وللاخت الواحدة .

قال الله جل شأنه : وَإِن كَانَت وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصفُ .

. . . .

وَلَكُم نِصفُ ما تَرَكَ أزواجُكُم . إن إمرؤ هَلَكَ لَيسَ لَهُ وَلَدٌ وله أُخت فلها نِصفُ ما تَرَك . النساء: الآية ١٠ - ١٢ - ١٧٥

(الثلث) فهو للام اذا لم يكن للميت ولد ، ولم يكن له اخوة حاجبة للام عن الثلث .

ولكلالة الام اذا كانوا اكثر من واحد قال الله جل اسمه :

فَلأُمِّهِ الثُلُثُ ، فَإنَ كانُوا أكثَرَ مِن ذلِكَ فَهُم شُرَكاءُ في الثُلُثِ

النساء : الآية ١١ - ١٢

(الثلثان) فهو للبنتين، وللاختين فصاعداً

قال الله تعالى : فإن كُنَّ نساءً فوقَ اثنتينِ فلَهُنَّ ثُلثا ما تَركَ فإن كانَتا إثنَتين فَلَهُما الثُلثانِ مِمَّا تَرَكَ

النساء : الآية ١١ - ١٧٥

(الربع) : فهو للزوج اذا كان للزوجة ولد . وللزوجة اذا لم يكن للزوج ولد قال الله تعالى : فَلَكُم الرُبعُ مِمَّا تَرَكنَ ، وَلَهُنَّ الرُبعُ مِمَّا تَركتُم النساء : الآية ١٢ .

(الثمن) : فهو للزوجة اذا كان للزوج ولد

قال الله تعالى : فَلَهُنَّ الثُمُنُ مِمَّا تَركتُم النساء:الآية ١٢

(السدس) : فهو للأبوين لكل واحدٍ منهما ، وللام اذا كان للميت اخوة ، ولكلالة الام اذا كان واحداً .

قال الله عز اسمه : وِلأبَويه لِكُلِ واحدٍ مِنهُما السُدسُ وإن كانَ لَهُ إخوَة فلأمهِ السُدُسُ . وَلَهُ أخٌ أو أُخت فلِكل واحِدٍ

. . . .

مِنهُمَا السُدُسُ . النساء : الآية ١١ ـ ١٢

وأما الموانع فكثيرة . إليك المختصر منها

(الكفر) : بأقسامه وإن انتحل الى الاسلام كالخوارج والنواصب والغلاة الذين يدعون الاسلام وهم كفار .

(القتل) : فإن الوارث لو قتل مورثه يُمنع من الارث اذا كان القتل عن عمد وقصد .

وأما اذا كان عن خطأ محض فيُمنع من الدية خاصة ، لامن اصل التركة .

ولا فرق في القاتل بين الصبي والمجنون ، وغيرهما .

وكذا لافرق في القاتل بين كونه مباشراً : بأن تصدى للقتل بنفسه وبين كونه مسبباً بأن امر شخصا ليقتل زيداً المقصود ، أو هيأ مقدمات القتل حتى انتهت الى قتل انسان مقصود .

(والرق) : اذا كان في الوارث ، أوفي الموّرث ، حيث إن أموال الموّرث لمولاه .

(اللعان) : فإنه مانع من الارث بين الزوجين ، وبين الزوج والولد المنفي ، لأن اللعان يوجب حرمان الزوج عن ارث زوجته ، وحرمان الزوجة عن ارث زوجها ، وحرمان الاب عن ارث ولده ، وحرمان الولد عن ارث والده .

اللهم إلا أن يكذب الاب نفسه في نفي الولد عنه فيرث الولد من أبيه حينئذ ، ولا يرث الاب من ولده ، لأنه نفى بنوته عن نفسه .

(الحمل) : فإنه مانع عن الارث حتى ينفصل حياً ، فلو سقط ميتا =

والربا (١)

- لم يرث : لقوله صلى الله عليه وآله : السقط لايرث ولا يُورث .

(الغيبة) المنقطعة : وهي مانعة عن نفوذ الارث ظاهراً حتى يثبت الموت شرعاً .

(الارتداد) : فلو ارتد مسلم واحد أبويه مسلم لايرث من مورّثه راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة الجزء ٨ من اول الكتاب الى آخره ، حيث إنه مختص بالارث .

(١) هذه هي (المفسدة التاسعة) أي يلزم بناءً على ذلك تعلق الربا بما في اليد الذي هو ملك الغير بالتقرير المتقدم في زميلاته .

والربا بكسر الراء وبالالف المقصورة المبدلة عن الواو مشتق من ربا يربو وزان دعا يدعو اصله رَبَو كاصل دعا .

معناه لغة الزيادة والفائدة ، والزيادة هذه يأخذها المرابي .

ويقال للمعاملة المشتملة على الربا رِبوي بكسر الراء .

والربا يأتي في المكيل والموزون بشرط الزيادة كبيع طن من الحنطة أو الشعير بطن وربع منهامثلا .

ويأتي في النقدين : الذهب والفضة ايضاً كبيع مثقال من الذهب بمثقالٍ وحبة مثلاً : أو بيع مثقال فضة بمثقالٍ وخمسة حبات من الفضة.

ولا يجوز التفاضل في المذكورات وان كان مقدار ذرة حتى في الأجود والأدون .

وحرمة الربا ثابتة في دين الاسلام وهي من الضروريات وقد أكد الشرع على حرمته تأكيداًبالغاًفوق مايتصور ، وقد وردت أخبار كثيرة في حرمته ذكرنا شطراً منها ، وفلسفتها في (المكاسب) من طبعتنا الحديثة . الجزء٣ من ص ٣١٢ الى ص ٣١٧ فراجع ، فإن فيها فوائد جمة لاتفوتك .

والوصايا (١) يتعلق بما (٢) في اليد ، مع العلم (٣) ببقاء مقابله ، وعدم (٤) التصرف فيه ، أو عدم (٥) العلم به فينفى (٦)

---

(١) هذه هي (المفسدة العاشرة) اي يلزم بناءً على ذلك تعلق الوصية بما في اليد الذي هو ملك الغير بالتقرير المتقدم في زميلاتها .

والوصايا بفتح الواو جمع وصية بفتحها ايضاً وكسر الصاد وهي مشتقة من وصّى يوصي توصيــة من باب التفعيل ، أومن اوصى يوصي ايصاءً من باب الإفعال ، أو من وصى يصي .

معناها لغــة الوصل ، حيث إن الانسان يوصل تصرفاته التي كانت في حياته الى بعد وفاته اى يبقيها كما كانت .

وشرعاً تمليك عين ، أو منفعة ، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة .

وهي من العقود اللازمـة تحتاج الى ايجاب وقبول ، ولا يشترط فيها القبول اللفظي ، ولا مقارنته للإيجاب .

(٢) الجار والمجرور مرفوعة محلاً خبر لأن في قوله : ومنهـا أن الأخماس اي لازم القول بكون المعاطاة مفيدة للاباحة المجردة هـذه المفاسد التي ذكرناها بأسرها في الهوامش المذكورة .

(٣) أي مع علم الآخــذ ببقاء ماأخــذه الآخر على ملكه كما علمت

(٤) بالجر عطفاً على مدخول مع اي مع علم الآخذ بعدم تصرف الآخر فيما اخذه منه .

(٥) بالجر عطفاً على مدخول مع اي ومع عـدم علم الآخذ بأن الآخر الذي هو الطرف المقابل له قد تصرف فيما اخذه منه .

(٦) اي تصرف الآخر فيما اخذه يُنفى بالأصل الذي هو الاستصحاب: بيان أن المأخوذ لم يُتصرف فيه قبل الاخذ،وبعده يُشك في التصرف فنجري -

بالأصل فيكون (١) متعلقة بغير الأملاك .

وأن صفـة (٢) الغنى ، والفقر (٣) تترتب عليه (٤) كذلك (٥) فيصير (٦) ماليس من الأملاك بحكم الأملاك .

(ومنها) : (٧) كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر

- فيه عدم التصرف وهو الاستصحاب.

(١) الفاء تفريع ونتيجة لما افاده (كاشف الغطاء) اى نتيجة القول بالإباحة ترتب المفاسد المذكورة التي عرفتها .

(٢) هذه هي (المفسدة الحادية عشر) اي يلزم بناءً على ما ذكر تعلق الغنى بما في اليد الذي هو ملك الغير : بمعنى أن الانسان لو اشترى شيئاً بالمعاطاة لايجوز له اخذ الأخماس لوكان هاشمياً ، أوالصدقات لوكان غير هاشمي ، لأنه أصبح غنياً بما في اليد ، مع أنه مال الغير .

وكذا يجب عليه الحج ، لكونه صار غنياً بما في اليد ، مع أن مافي اليد مال الغير بالتقرير المتقدم في زميلاته .

(٣) هـذه هي (المفسدة الثانية عشر) اي يلزم بناءً على ماذكر تعلق الفقر بما في اليد الذي هو ملك الغير فيجوز للمتعاطي اخذ الصدقات والأخماس ، لأنه فقير لايملك شيئاً ، ومافي يده مال الغير .

(٤) اي على مافي اليد وهو المأخوذ بالمعاطاة كما عرفت .

(٥) أي مع العلم ببقاء مقابلـه على ما كان عليه ، ومع العلم بعـدم تصرفه فيه ، أو مع عدم العلم بالتصرف فيه فينفى بالاصل .

(٦) الفاء نتيجة لما افاده كاشف الغطاء : من ترتب المفاسد المذكورة على القاعدة الثالثة الجديدة .

(٧) اي ومن تلك القواعد الثمانية الجديدة المتفرعة على القول بافادة المعاطاة الاباحة .

مضافا (١) الى غرابة استناد الملك الى التصرف

(ومنها) (٢) : جعل التلف السماوي من جانب مملكاً للجانب الآخر ، والتلف (٣) من الجانبين مع التفريط (٤)

= هذه (رابعة القواعد الجديدة) :

وهو كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر .

وخلاصتها : أن لازم القول المذكور أن يكون التصرف في الماخوذ بالمعاطاة من جانب احد المتعاطيين مملكاً للجانب الآخر الذي لم يتصرف فيه مع أنه لم يقل احد من الفقهاء بذلك .

(١) هذا اشكال آخر على القول بكون التصرف مملكاً للجانب الآخر

وخلاصته : أن نسبة التمليك الى التصرف ، وأن التصرف هو المملك غريب جداً ، اذ لم يعهد من الشرع أن التصرف احد موجبات الملكية

(٢) اي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرعة على القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة .

هذه (خامسة القواعد الثمانية الجديدة) اى يلزم بناءً على القول بذلك أن يكون التلف السماوي من جانب واحد مملكاً للجانب الآخر كما لو اشترى زيد من عمرو شيئاً بالمعاطاة واعطى شيئاً لصاحبه بالمعاطاة ايضاً ثم تلف احد المأخوذ بالمعاطاة بآفة سماوية ولم يتلف الآخر فيلزم حينئذ أن يكون التالف سبباً لتملك الطرف الآخر ، مع أنه لم يقل احد من الفقهاء بذلك

(٣) هذا من لوازم القاعدة الخامسة اي يلزم بناء على ذلك أن التلف من الجانبين اذا كان موجبه الآفة السماوية تعيين المسمى على كل واحد من المتعاطيين ، مع أنه لم يقل احد من الفقهاء بذلك .

(٤) القيد لأجل اخراج التفريط من الجانبين اذا كان على النحو الطولي

معيناً للمسمى من الطرفين ، ولا رجوع (١) الى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت ، ومع حصوله (٢) في يد الغاصب ، أو تلفه (٣) فيها فالقول بأنه (٤)

والتعاقب ، فإن التفريط لو كان كذلك لملك الطرف الثاني بمجرد تلف المأخوذ بالمعاطاة في يد صاحبه .

بخلاف ما اذا كان التفريط بنحو العرضي وفي ظرف واحد ، فإنه لايوجب التملك للطرف الثاني .

(١) هذا من لوازم القاعدة الخامسة ايضاً اي يلزم بناءً على ذلك أن لايكون رجوع لاحد المتعاطيين على الآخر في صورة التلف السماوي من جانب واحد ، ولا لكليهما لو كان التلف من الجانبين : الى قيمة المثل حتى يكون لاحدهما ، أو لكليهما حق الارش : وهو التفاوت لما بين السعرين ، مع أنه لابد من الرجوع الى ذلك وهو حق ثابت شرعاً وعرفاً .

(٢) اي ومع حصول التلف .

هذا من لوازم القاعدة الخامسة ايضاً اي يلزم على القول بذلك أن يكون المطالِب من الغاصب في المأخوذ بالمعاطاة لو غصبه شخص واستقر في يده ، أو تلف عنده .

إما القابض ، حيث إنه المالك له بالمعاطاة ، لأن الغصب هو السبب للملكية .

والقول بأن الغصب هو السبب للتمليك شيء عجيب وغريب ، حيث لم يسمع لحد الآن أن يكون الغصب من المملكات الشرعية واحد أسبابها .

(٣) أي تلف المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب كما عرفت آنفاً .

(٤) أي القابض هو المطالِب من الغاصب .

المطالب ، لأنه يملك بالغصب : أو التلف في يد الغاصب غريب

والقول (١) بعدم الملك بعيد جداً ؛ مع (٢) أن في التلف القهري إن ملك التالف قبل التلف فعجيب ، ومعه (٣)

- والمطالب بصيغة الفاعل .

(١) هذا هو الشق الثاني اي وإما أن يكون المطالب من الغاصب هو القابض لكن القابض لايكون مالكاً للمأخوذ بالمعاطاة ، لأن المأخوذ قد غصبه الغاصب وهو تحت يده وتصرفه .

والقول بأن القابض هو المطالب من الغاصب مع عدم تملكه للمأخوذ بالمعاطاة أغرب وأعجب من سابقه وهو الشق الاول الذى كان القابض مالكا للمأخوذ بالمعاطاة ، لأنه كيف يجتمع القول بأن القابض هو المطالب من الغاصب ، والقول بأن القابض لم يملك المأخوذ بالمعاطاة الذي تلف في يد الغاصب : حيث إن مطالبة القابض من الغاصب المأخوذ بالمعاطاة فرع تملكه له .

(٢) هذا من لوازم القاعدة الخامسة ايضا اى يلزم على القول بذلك أن في التلف القهري وهو السماوي الذي يكون مملكا للجانب الآخر اذا تلف المأخوذ بالمعاطاة من جانب واحد ، أومعينا للمسمى اذا صارت الآفة السماوية موجبة للتلف من الجانبين .

إما أن يقال بتملك القابض للماخوذ بالمعاطاة قبل تلفه فهو عجيب لأن سبب التملك الذي هو التلف لم يتحقق بعد حتى يمكن تملك القابض له

كما أن التصرف من الطرف الآخر لم يتحقق ايضاً ، لأنه المفروض في المسألة .

هذا اذا كان التلف بغير تفريط .

(٣) اى وإما أن يقال بتملك القابض للمأخوذ بالمعاطاة مع التلف -

بعيد ، لعدم (١) ، قابليته حينئذ ، وبعده (٢) ملك معدوم ، ومع (٣) عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض .

= وفي حينه وآنٍ واحد من دون سبق من احدهما على الآخر فهو بعيد ايضاً لعدم قابلية هذا النوع من التلف للتمليك ، للزوم تقدم السبب الذي هو التلف على المسبب الذي هو التملك رتبة ، والمفروض هنا خلاف ذلك، لأن التلف والتملك قد حصلا في آنٍ واحد .

(١) تعليل لبعد تملك القابض المأخوذ بالمعاطاة حين التلف ، وقد عرفته عند قولنا : لعدم قابلية هذا النوع .

(٢) أى وإما أن يقال بتملك القابض للمأخوذ بالمعاطاة بعد تلفه فهذا أبعد من الأول والثاني ، وأعجب منهما ، لأن بعد التلف لايبقى شيء حتى يكون قابلا للتملك والملكية فهو معدوم صرف لا وجود له .

فتحصل من مجموع ماذكر أنه بناءً على القاعدة الخامسة: من جعل التلف السماوي الذي هو التلف القهري من جانب مملكاً للجانب الآخر: أن تملك القابض للمأخوذ بالمعاطاة على ثلاثة أقسام .

(الأول) : تملكه قبل التلف .

(الثاني) : تملكه عند التلف وحينه وفي آنٍ واحد .

(الثالث) : تملكه بعد التلف .

وقد عرفت الإشكال في الأقسام الثلاثة :

وكلمة (إن) في قوله: إن ملك التالف شرطية ،وكلمة تلف فعل ماض فاعله القابض،وكلمة التالف منصوبة على المفعولية،والمراد من التالف هو المأخوذ بالمعاطاة،وكلمة عجيب مرفوعة خبر للمبتدأ المحذوف وهي كلمة هو أى وهو عجيب

(٣) هذا من لوازم القاعدة الخامسة اى يلزم على ذلك بعد القول =

ونفي (١) الملك مخالف للسيرة ، وبناء (٢) المتعاطين

(ومنها) (٣) : أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية فهو بعيد .

= بأن جعل التلف السماوي القهري من جانب واحد مملكاً للجانب الآخر : أن يكون تملك الآخر للمأخوذ بالمعاطاة بلا عوض لو قلنا بعدم دخول التالف في ملك القابض ، لعدم تملك صاحبه الذي اخذ منه السلعة للمأخوذ بالمعاطاة في حالة التلف كما هو المفروض ، ولازم التملك بلا عوض نفي الملكية عن الآخذ .

(١) اى ونفي الملكية عن الآخذ بلا عوض مخالف لسيرة المتشرعة من زمن (الرسول الأعظم) صلى الله عليه وآله وسلم الى يومنا هذا ، حيث إن المتشرعين يتعاملون مع المأخوذ بالمعاطاة تعامل الملكية .

(٢) بالجر عطفاً على (اللام الجارة) في قوله : للسيرة اى ونفي الملكية عن الآخذ بلا عوض مناف لبناء المتعاطيين ايضاً ، حيث إنهما بنيا من بادىء الامر على أن كلاً منهما يملك مايدفعه الى صاحبه له .

(٣) اي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرعة على القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة .

هذه (سادسة القواعد الثمانية الجديدة) .

وخلاصتها : أن التصرف في الشيء إذا كان من النواقل القهرية غير الاختيارية فلازمه أنه لايتوقف على النية والقصد .

لكن عدم التوقف المذكور بعيد جداً . لأنه في صورة عدم توقف التصرف على نية التملك كيف يحصل التملك ، فحينئذ لايمكن للانسان تملكه للشيء إذا كانت هذه صفته .

وان أوقفناه (١) عليهـا كان الواطي للجارية من غـيرها (٢) واطئاً بالشبهة ، والجاني عليها (٣) ، والمتلف لها (٤) ، جانياً على مال الغـير ومتلفاً له (٥)

---

(١) اى وإن أوقفنا التصرف الناقل على نيـة التملك فلازمه أن الواطي للجارية المأخوذة بالمعاطاة من غير نية تملكها واطئاً بالشبهة .

(٢) أي من غير تملك الجارية حين الوطي كما عرفت .

(٣) اي الجاني على الجارية المأخوذة بالمعاطاة يكون جانياً على مال الغير ، فلازم هذه الجناية الضمان .

هذا من متفرعات القاعدة الخامسة من القواعد الثمانية المترتبة على القول بافادة المعاطاة الاباحة .

(٤) أي المتلف للجارية المأخوذة بالمعاطاة يكون متلفاً لمال الغـير فلازم هذا التلف الضمان .

(٥) اي لمال الغـير ، حيث إن الجارية بناءً على القول بتوقف التصرف فيها على النية ولم يُنو التصرف كان تصرفاً في مال الغير .

وكذا الجناية عليها ، واتلافها .

ثم إن المراد من النواقل القهرية الامور غير الاختيارية التي تنقـل الى الانسان من دون اختيار وارادة منه كانتقال أموال الميت الى الوارث بدون اختيار الوارث وارادته ، سواءً اراد ام لم يرد فتنتقل تركة الميت بعد إخراج ثلثه لو اوصى : الى الوارث .

وهكذا حق الشفعة ينتقل الى الوارث بموت المورث ، فإنه من الأمور القهرية غير الاختيارية .

وكذا بقية الحقوق القابلة للانتقال ، فإن ما تركه الميت : من مال ، أو حق فهو للوارث .

(ومنها) (١) : أن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملكاً له (٢)

---

(١) أي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرعة على القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة .

هذه (سابعة القواعد الثمانية الجديدة) .

حاصل هذه القاعدة أن النماء على قسمين :

متصل ، ومنفصل

أما الأول فلا اشكال في تبعيتـــه للعين كما في سائر المقامات ، وأنه محكوم بحكمهـــا في أن المالك يملكه كما يملك العين من دون كلام ونزاع في البين .

وأما الثاني فهو محل الكلام في كونه تابعاً للعين ومحكوماً بحكمها ، أولا؟

(فالشيخ كاشف الغطاء) يقول لو قلنا : إن المعاطاة تفيد الاباحة المجردة لازمـــه أن النماء الحادث في حيازة المتعاطيين المعبر عنه بالمنفصل كالثمرة في الشجرة ، والصوف في الغنم ، والحليب في الابل والبقر والجاموس والتفريخ في الدجاج ، ونتاج الولادة في الأنعام الثلاث ، وما شابه هذه : لايخلو من احد الامرين على سبيل منع الخلو قبل التصرف في العين :

(الاول) : أن النماء بوحده مجرداً عن العين يكون ملكاً للآخذ بالمعاطاة قبل أن يتصرف الطرف الآخر فيما اخذه بالمعاطاة .

فكل مايوجد للآخذ بالمعاطاة من النماءآت المذكورة فهو ملك له وان لم يتصرف الآخر فيما اخذه من صاحبه بالمعاطاة .

(الثاني) : أن يكون النماء الحادث منضماً مع العين ملكاً للآخـــذ وان لم يتصرف الطرف الآخر فيما اخذه من صاحبه بالمعاطاة .

(٢) أي للآخذ بالمعاطاة .

دون العين (١) فبعيد (٢) ، ومعها (٣) ، فكذلك (٤) ، وكلاهما (٥) مناف لظاهر الاكثر ، وشمول (٦)

---

(١) اى النماء فقط مجرداً عن العين كما عرفت عند قولنا في ص ١٤٢ : الاول أن النماء بوحده .

هذا هو الأمر الأول من الأمرين لامحالة وقد عرفته عند قولنا : في ص ١٤٢ الأول أن النماء .

(٢) اي تملك النماء مجردا عن العين بعيد .

وجه البعد أن تملك النماء فرع تملك العين والقائل بالإباحة المجردة لايقول بتملك العين .

فكيف يمكن القول بتملك النماء وهو لم يملك العين ؟

(٣) اي تملك النماء مع تملك العين منضمة اليه .

هذا هو الأمر الثاني من الأمرين وقد اشرنا اليه في ص ١٤٢ عند قولنا : الثاني أن يكون النماء .

(٤) أي هذا القول بعيد ايضاً كالأول .

وجه البعد أن الحدوث بما هو حدوث ليس فيه قابلية التمليك للنماء فكيف فيه قابلية تمليك الاصل وهي العين ؟

(٥) اى كلا الامرين وهما : أن النماء الحادث فقط مجرداً عن العين ملك للآخذ ، والنماء مع العين منضمة لها ملك له خلاف ظاهر اكثر أقوال الفقهاء ، حيث إنهم يقولون بانحصار التملك في امرين : التصرف ، أو التلف وفيما نحن فيه لايوجد احد الامرين ، لأن الفرض أن النماء الحادث كان قبل تصرف الآخر في العين .

(٦) اي شمول الاذن للنماء بواسطة الاذن في العين امر بعيد .

هذا دفع وهم يريد الشيخ أن يدفعه .

الاذن له خفي (١)

(ومنها) (٢) : قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه الى أن

- وخلاصة الوهم : أن المتعاطي حينما يبيح لصاحبه الاذن في التصرف في العين يبيح له الاذن في التصرف في النماء ، فالاذن في النماء في الواقع من لوازم الاذن في العين .

ولا يحتاج الى اذن جديد حتى يقال : إن النماء الحادث ان جعلنا حدوثه مملكا له الى آخر ماقاله (الشيخ كاشف الغطاء) .

فافاد الشيخ قدس سره رداً على المتوهم أن شمول الاذن في العين الاذن في النماء امر بعيد ، اذ كثيراً مايأذن المبيح التصرف في العين من دون الاذن في النماء .

(١) الخفي هنا بمعنى البعد وليس بمعناه الحقيقي : وهو الستر والخفاء

(٢) اي ومن تلك القواعد الثمانية الجديدة .

هذه (ثامنة القواعد الجديدة) المتفرعة على القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة عن الملك اى يلزم على القول بذلك حصر التمليك وقصره على التصرف في الماخوذ : بمعنى أنه إن حصل التصرف فيه حصل التمليك، وإلا فلا ، فالتمليك دائر مدار التصرف ، فيكون التصرف من المملكات مع الالتزام بأن اذن المالك في التصرف اذن في تمليك كل من المتعاطيين نفسه فيما اخذه من صاحبه بالمعاطاة .

هذا بالاضافة الى أن مآل الاذن من المالك ومرجعه الى أن المتصرف الذي هو المخول في تمليك نفسه من قبل صاحبه موجب وقابل .

موجب من حيث إنه يُملك نفسه من قبل صاحبه .

وقابل من حيث إنه يقبل التمليك لنفسه . -

اذن المالك فيه اذن في التمليك فيرجع الى كون المتصرف في تمليك نفسه موجباً قابلا ، وذلك (١) جار في القبض .

بل هو (٢) أولى منه ، لاقترانه (٣) بقصد التمليك ، دونه(٤) انتهى (٥) والمقصود (٦)

= فيلزم حينئذ اتحاد الموجب والقابل ، واجتماعهما في شخص واحد ، وهذا الاتحاد والاجتماع غير صحيح .

(١) اى كون اذن المالك في التصرف اذن في التمليك ، وأن لازم ذلك اتحاد الموجب والقابل واجتماعهما في شخص واحد جار بعينه في القبض ايضا .

هذا دفع وهم

حاصل الوهم أنه لايلزم اتحاد الموجب والقابل ، لأن التمليك يحصل بقبض احد المتعاطيين المتاع بنفسه ، لا بالتصرف حتى يلزم الاتحاد المذكور

وحاصل الدفع أن المناط الموجود في التصرف : وهو أن الاذن فيه اذن في التمليك بعينه موجود في قبض كل منهما مال الآخر من حين التعاطي لأن القبض ايضاً تصرف مأذون من قبل المبيح فيتحد الموجب والقابل حينئذ .

بل القبض أولى من التصرف ، لأنه مقرون بقصد المالك للتمليك .

(٢) اى القبض كما عرفت آنفاً .

(٣) اى لاقتران القبض كما عرفت آنفاً .

(٤) اى دون التصرف ، فإنه لا يكون مقترنا بقصد المالك للتمليك

(٥) اى ما افاده الشيخ كاشف الغطاء في شرحه على القواعد : من اشكاله على المحقق الكركي في حمله الاباحة المجردة على الملكية المتزلزلة

(٦) من هنا كلام شيخنا الانصاري يروم نقض ماافاده كاشف الغطاء أي المقصود من ذكر هذه القواعد الثمانية الجديدة بطولها هو استبعاد =

من ذلك كلـه استبعاد هذا القول ، لا (١) أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الاصول (٢) ، والعمومات (٣) ، اذ ليس فيهـا (٤) تأسيس قواعد جديدة،لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء .

أما (٥) حكاية تبعية العقود ، وماقام مقامها للقصود ففيها .

اولاً أن المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجردة من العقود ، ولا من القائم مقامها شرعاً ، فإن تبعية العقود للقصود ، وعدم انفكاكها عنها إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد : بمعنى ترتب الاثر المقصود عليـه

= حمل الاباحة المجردة على الملكية المتزلزلة .

(١) اي وليست الوجوه المذكورة وهي القواعـد الثمانية الجديدة تنهض وتقوم قبال الأصول والعمومات حتى تخصصها .

(٢) وهو استصحاب الملكية السابقة التي يشك في زوالها بالمعاملة المعاطاتي .

(٣) وهي أدلة توقف التصرف في مال الناس على الملك ، ودليل « على اليد ما اخذت » ، ودليل « لايحل مال امرء إلا بطيب نفسه »؛وعدم ترتب الاثر وهو النقل والانتقال .

(٤) اى في القواعد الثمانية الجديدة .

(٥) من هنا يروم (شيخنا الأنصاري) الرد على ما افاده الشيخ كاشف الغطاء في لزوم تأسيس قواعد جديدة وهي الثمانية المذكورة لوقلنا بافادة المعاطاة الاباحة المجردة ، وحملها على الملكية المتزلزلة .

فاخذ الشيخ في الرد على تلك القواعد حرفياً من البداية الى النهاية فافاد في الرد على القاعدة الاولى : وهو تخلف العقود عن القصود المشار اليها في ص ١١٨ : بطريقين ! =

فلا يعقل حينئذ (١) ، الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه
أما المعاملات الفعلية (٢) ، التى لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم

= (الأول) : الرد التحليلي العلمي .
(الثاني) : الرد النقضي .

أما الاول فقال : إن تبعية العقود للقصود امر مسلم ومن البديهيات التي لايشك فيها اثنان من الفقهاء .

لكن التبعية المذكورة إنما جاءت من قبل الدليل الوارد على صحة ذلك العقد ومن ناحيته ، لأن معنى صحة العقد ترتب الاثر المقصود من المتعاقدين .

وذاك الأثر هو النقل والإنتقال المراد منه معنى الاسم المصدري كما عرفت شرح ذلك مفصلاعند قولنا في الهامش٢ ص ٥٦-٥٧ : وهو الاثر الحاصل

فاذا ثبت ترتب مثل هذا الاثر على العقد ثبتت تبعية العقود للقصود لامحالة .

ومن الواضح أن الدليل الوارد على صحة العقد هو العقد الواقع بالألفاظ والأقوال .

وأما الواقع بالأفعال فلا يدل على صحة العقد بها ، لأن المعاطاة لايكون من العقود شرعاً عند من يقول بافادته الاباحة المجردة عن الملك.

وكذلك لايكون من القائم مقام العقود ، فلا يترتب ذاك الأثر عليه

(١) اي حين أن قلنا : إن تبعية العقد للقصد إنما هو لاجل دليل صحة ذلك ، وقد عرفت بيانه آنفاً .

(٢) وهي المعاطاة العارية عن الايجاب والقبول اللفظيين كما عرفت شرح ذلك آنفاً .

بترتب الاثر المقصود عليها كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم : من أن السبب الفعلي لايقوم مقام السبب القولي في المبايعات (١)

نعم (٢) اذا دل الدليل على ترتب اثر عليه حُكِم به وإن لم يكن مقصوداً .

وثانياً (٣) أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير ،

---

(١) لايخفى أن الشيخ نقل عن الشهيد في ص ٨٧ : أن السبب الفعلي قد يقوم مقام السبب القولي ، ولم ينقل عنه أن السبب الفعلي لايقوم مقام السبب القولي فكيف افاد هنا أن السبب الفعلي لايقوم مقام السبب القولي ؟ .

وهل هذا إلا التنافي بين النقلين ؟

فنقول في دفع هذا التنافي المزعوم : أنه يظهر للقارىء الكريم بعد التأمل الدقيق عدم التنافي ، لأن ماذكره شيخنا الانصاري هنا من أن السبب الفعلي لايقوم مقام السبب القولي هو لازم قول الشهيد في ص ٨٧ : (وأما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الاباحة ، لا الملك عندنا وان كان في الحقير) لأن معنى قوله هذا هو أن المعاطاة لاتفيد إلا الاباحة ، لأنه سبب فعلي

ومن المعلوم أن البيع يفيد الملكية ، لأنه سبب قولي .

فالنتيجة أن المعاطاة لاتقوم مقام البيع .

(٢) استدراك عما افاده آنفاً في ص ١٤٧ : فلا يحكم بترتب الاثر المقصود عليها .

خلاصته أنه إذا قام دليل على صحة ترتب الاثر وهو النقل والانتقال على أي سبب من الأسباب وان كان فعلا كالمعاطاة نحكم بصحة هذا الاثر وإن لم يكن مقصوداً للمتعاطيين كالاباحة ، حيث إن المقصود من المتعاطيين التمليك .

(٣) هذا هو الطريق الثاني . وهو الرد النقضي على ما افاده الشيخ -

فإنهم (١) اطبقوا على أن عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة ، لافادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما (٢) يقتضيه صحيحه ، مع أنهما (٣) لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر .

وتوهم (٤) أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع : بأنه لم يذكر

= كاشف الغطاء : من لزوم تبعية العقود للقصود ، فاخذ شيخنا الانصاري في الموارد التي جاء فيها تخلف العقد عن القصد فعدها حرفياً .

ونحن نذكر كل واحد منها تحت رقمها الخاص عندما يذكرها الشيخ .

(١) هذا (احد الموارد المتخلف فيها العقد عن القصد) .

والمراد من عقد المعاوضة العقد المشتمل على الايجاب والقبول .

(٢) كان الأنسب تبديل كلمة (فيما) بلفظة (كما) ، لأنه في مقام اثبات الضمان للعقد الفاسد ، فمقتضى الحال في التشبيه أن يقال : كما يقتضي هذا الضمان العقد الصحيح .

اللهم إلا أن يقال : إن الشيخ اراد من ضمان الفاسد اصل الضمان لا كيفيته .

(٣) اى مع أن المتعاقدين بالعقد الفاسد غير قاصدين ضمان القيمة .

بل هما قاصدان ضمان كل منهما بالآخر : بمعنى أن البايع ضامن للمبيع اذا ظهر معيبا ، أو مستحقا للغير ، لاضمان القيمة .

وكذلك المشتري ضامن للثمن لو ظهر معيباً ، أومستحقا للغير ، لاضمان القيمة ، فضمان القيمة غير مقصود لهما ، فما قُصد وهو ضمان كل منهما بالآخر لم يقع ، وما وقع وهو ضمان القيمة لم يُقصد ، فتخلف العقد عن المقصود غير بعيد .

لايخفى أن المراد من أن العقود تابعة للقصود العقود الصحيحة، لا الفاسدة

(٤) دفع وهم =

هذا الوجه (١) إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الاول : وهو اقدامهما على الضمان فلاحظ المسالك .

وكذا (٢) الشرط الفاسد لم يُقصد المعاملة إلا مقرونة به غير

حاصل الوهم : أن ضمان القيمة في العقد الفاسد هو لأجل مقتضى قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، لا لأجل أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده حتى يقال : إن القاعدة الكلية : وهو أن العقود تابعة للقصود قد انخرمت .

(١) جواب عن الوهم المذكور .

خلاصته : أنه لم يذكر احد من الفقهاء أن سبب الضمان هنا قاعدة على اليد ما اخذت حتى تؤدي .

نعم ذكر بعض الفقهاء هذه القاعدة عندما عطفها على الوجه الاول وهو إقدام المتعاطين على الضمان فتخيل من هذا العطف أن وجه الضمان هو هذه القاعدة .

والباء في بأنه لم يذكر بيان لكيفية الجواب عن الوهم .

(٢) (هذا ثاني الموارد التي تخلف العقد فيها عن القصد)

وخلاصته ، أن الانسان لو شرط في ضمن العقد شرطا فاسداً كبيع الدار بشرط أن لايستفاد منها .

أو تزويج المرأة بشرط أن لايقاربها فلا يقع الشرط وصح العقد ، لأن الشرط الفاسد غير مفسد ، مع أن العاقد لم يقصد العقد إلا مقروناً بالشرط الفاسد .

فيلزم أن ما قُصد وهو العقد الفاسد لم يقع ، وما وقع وهوالعقد الصحيح لم يُقصد .

مفسد عند اكثر القدماء

وبيع (١) ما يُملك وما لا يُملك صحيح عند الكل .

وبيع (٢) الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير

وترك (٣) ذكر الاجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قول نسبه في المسالك ، وكشف اللثام الى المشهور .

---

(١) (هذا ثالث الموارد التي تخلف العقد فيها عن القصد) .

وخلاصته : أن بيع مايملك كالغنم والبقر مثلا منضما مع ما لا يُملك كالكلب والخنزير يقع البيع صحيحاً بالنسبة الى ما يُملك ، ولا يقع البيع صحيحاً بالنسبة الى مالا يُملك .

فيلزم أن ما قُصد وهو البيع جميعاً ومنضماً لم يقع ، وما وقع وهو بيع ما يُملك فقط لم يُقصد .

(٢) (هذا رابع الموارد التي تخلف العقد فيها عن القصد) .

وخلاصته : أن بيع الغاصب ، أو الفضولي لنفسه يقع للمالك اذا اجاز البايع البيع .

فيلزم أن ما قُصد وهو بيع الغاصب ، أو الفضولي لنفسه لم يقع وما وقع وهو البيع للمالك بعد اجازته لم يُقصد .

(٣) (هذا خامس الموارد التي تخلف العقد فيها عن القصد) .

وخلاصته أن ذكر المدة في العقد المنقطع المعبر عنه بـ : (الزواج الموقت) مشروط في صحته ووقوعه .

فلو عقد عليها وهو يريد الزواج الموقت وترك ذكر الاجل وهي المدة المعينة انقلب العقد الى الدائم ، فيلزم حينئذ أن ما قُصد وهو عقد المتعة لم يقع ، وما وقع وهو العقد الدائم لم يُقصد

نعم (١) الفرق بين العقود ، وما نحن فيه : أن التخلف عن المقصود يحتاج الى الدليل المُخرِج عن أدلة صحة العقود .

وفيما نحن فيه (٢) عدم الترتب (٣) مطابق للاصل (٤)

وأما (٥) ماذكره من لزوم كون ارادة التصرف مملكا فلا بأس

---

(١) استدراك عما افاده : من أن تخلف العقود عن القصود كثير كما عرفت في الأمثلة المذكورة .

وخلاصته : أنه فرق بين العقود المتخلفة عن القصود ، وبين مانحن فيه وهي المعاطاة ، لأن التخلف في العقود لايترتب عليه فساد : من بطلان المعاوضة ، لقيام الدليل على صحة مثل هذا التخلف كما عرفت في الأمثلة المذكورة .

أما فيما نحن فيه : وهو المعاطاة فلمّا لم يقم دليل على صحة التخلف فيه فيحكم ببطلانه لو تخلف عن القصد ، للاصل الذي هو الاستصحاب اى استصحاب كل من المتعاطيين ملكيـــة ما اعطاه لصاحبه عند التخلف عن القصد .

كما لو تعاطيا على بيع (اللمعة الدمشقية) بالطبعة الجديدة من طبعتنا فاعطيت اللمعة المطبوعة بالطبعة القديمة مكانها فقد بطل التعاطي ، لتخلفه عن القصد اذ لم يقم على صحته دليل .

(٢) وهي المعاطاة المتخلفة عن القصد كما عرفت آنفاً .

(٣) اي ترتب الاثر الذي هو النقل والانتقال .

(٤) وهو الاستصحاب كما عرفت عنـــد قولنا : اى استصحاب كل من المتعاطيين .

(٥) هذا رد على القاعدة الثانية من القواعد الثمانية الجديدة التي -

بالتزامه اذا كان (١) مقتضى الجمع بين الأصل (٢)

= افادها كاشف الغطاء واشار الشيخ اليها في ص ١١٩ بقوله : ومنها أن يكون ارادة التصرف .

وخلاصته أن في المأخوذ بالمعاطاة أدلة ثلاثة متناقضات ظاهراً .

(الاول) : الاصل الذي هو استصحاب بقاء ملكية كل من العوضين على ما كان ، للشك في انتقال الملك الى المتعاطيين بالتعاطي فيستصحب بقاؤه

(الثاني) : دليل جواز التصرف المطلق المستفاد من المعاطاة ، لأن المتعاطيين يقصدان من تعاطيهما الاباحة المطلقة اى مطلق التصرف .

(الثالث) : توقف التصرفات المالكة على الملك كالعتق والوقف والبيع والوطي .

فهذه أدلة ثلاثة متناقضات ، لأن الأول يصرح ببقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك صاحبه ، والثاني يصرح بجواز مطلق التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتى المتوقفة على الملك ، والثالث يصرح بتوقف التصرفات المالكة المذكورة على الملك ، فلا يجوز التصرف فيها بالمعاطاة .

فمقتضى الجمع بينها هو الالتزام بالملكية الآنية في التصرفات المتوقفة على الملك حتى لايلزم محذور ابدا .

(١) اسم كان يرجع الى كلمة (بالتزامه) اي اذا كان الالتزام المذكور : وهو كون ارادة التصرف من المملكات هو مقتضى الجمع بين الأدلة الثلاثة المتناقضة فلا بأس بهذا الالتزام كما عرفت آنفاً .

(٢) هذا هو الدليل الأول من الأدلة الثلاثة المتناقضة المراد منه الاستصحاب وقد اشرنا اليه بقولنا : الاول الأصل الذي هو الاستصحاب .

ودليل (١) جواز تصرف المطلق ، وأدلة (٢) توقف بعض التصرفات على الملك ، فيكون (٣) كتصرف ذي الخيار ، والواهب (٤) فيما انتقل عنهما بالوطي (٥) والبيع والعتق ، وشبههما (٦)

وأما (٧) ما ذكره من تعلق الأخماس والزكوات الى آخر ماذكره فهو استبعاد محض .

---

(١) هذا هو الدليل الثاني من الأدلة الثلاثة المتناقضة . وقد اشرنا اليه بقولنا في ص ١٥٣ : الثاني دليل جواز

(٢) هذا هو الدليل الثالث من الأدلة الثلاثة المتناقضة . وقد اشرنا اليه بقولنا في ص ١٥٣ : الثالث توقف التصرف .

(٣) الفاء تفريع على ما افاده : من عدم البأس بالالتزام بكون ارادة التصرف من المملكات .

وخلاصته : أن الإلتزام بكون ارادة التصرف من المملكات في المأخوذ بالمعاطاة يكون من قبيل تصرف ذي الخيار في ماله أيام خياره كمن باع داره لزيد بعد أن باعها لعمرو عند مدة الخيار له لو جعله لنفسه ، فإن البيع الثاني كاشف عن رفع اليد عن بيع الاول وابطاله .

(٤) أي تكون ارادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة من قبيل تصرف الواهب في هبته اذا لم تكن الهبة بعوض ، أوبذي رحم ، فتصرف الواهب في هبته دليل على رجوعه من هبته .

(٥) الباء بيان لكيفية تصرف ذي الخيار في ماله ، والواهب في هبته اى التصرف المذكور يكون بسبب الوطي ، أو البيع .

(٦) اى شبه الوطي والبيع والعتق وهو الوقف ، فإن الوقف كاشف عن رجوع البايع عن بيعه ، والواهب عن هبته .

(٧) هذا رد على القاعدة الثالثة الجديدة المشار اليها في ص ١٢٠-

ودفعه (١) ، بمخالفته للسيرة رجوع اليها (٢) ، مع أن (٣) تعلق

ـ وخلاصته أن ماذكره كاشف الغطاء ، حول تعلق الأخماس والزكوات والاستطاعة الى آخره في ص ١٢٠ استبعادات محضة لاتترتب عليها مفسدة ، لعدم المنافاة بين القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك ، وبين القول بتعلق الأحكام المذكورة بما في اليـد ، لأن عرف المتشرعة يجري على مافي اليد المأخوذ بالمعاطاة كل ما يجري على الأملاك : من تعلق الخمس والزكاة والاستطاعة ، وغيرها من دون فرق بينها ، لتعاملهم مع المأخوذ بالمعاطاة تعامل الملك .

فلو لم يفد المأخوذ بالمعاطاة الملكية كيف اوجب العرف تعلق الخمس والزكاة ، وبقية المذكورات بما في أيديهم؟.

(١) في بعض نسخ المكاسب ودفعها بمخالفتها بتأنيث الضمير في الكلمتين ، ولذا افاد المحقق الآملي في تقريرات استاذه المحقق النائيني في الجزء ١ ص ١٦١ : واتيان الضمير مؤنثا مع تذكير مرجعه مسامحة .

وفي بعض النسخ ودفعه بمخالفته بتذكير الضمير وهو الصواب كما اثبتناه .

والمعنى كما هو الظاهر من عبارة الشيخ : أن الذي دفع استبعاد كاشف الغطاء : بأن عدم تعلق الاخماس والزكوات والاستطاعة ، وسائر ماذكر بما في اليد مخالف للسيرة ، حيث إن السيرة جرت على تعلق المذكورات بما في اليد ، وأن مافي اليد وهو المأخوذ بالمعاطاة ملك : رجوع الى الاستدلال بالسيرة .

إذاً فلا يكون ما افاده كاشف الغطاء مستلزماً لقاعدة جديدة .

(٢) اى الى السيرة كما عرفت .

(٣) هذا ترق من الشيخ في الرد على كاشف الغطاء فيما افاده ـ

الاستطاعة الموجبة للحج ، وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لايتوقفان على الملك .

وأما (١) كون التصرف مملكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه (٢)

= من تعلق الأخماس والزكوات والاستطاعة بما في اليدلو قلنا بافادة المعاطاة الاباحة المجردة .

وخلاصته : أنه بالاضافة الى ماذكرناه في الرد : من أن ما افاده كاشف الغطاء استبعادات محضة : أن صفة الغنى والاستطاعة غير متوقفة على الملك ، لأن الانسان يمكن أن يكون مستطيعا بما في يده الذي اخذه بالمعاطاة ، أو غنياً بواسطته .

لكنه لايملك شيئاً كما في البذل ، فإن المبذول له يكون مستطيعاً بمجرد البذل وان لم يكن مالكاً لشيء من حطام الدنيا وزخارفها .

وكذا لامانع من تعلق الزكاة بما في اليد ، وفي عين الحال يحرم على من تعلق الزكاة بما في يده اخذ الزكاة وان لم يكن مالكاً لشيء فصفة الغنى المانعة من اخذ الزكاة لاتتوقف على الملك ، لأن صاحب المال قد اباح للآخذ بالمعاطاة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك التي منها اعطاء الزكاة .

(١) هذا رد على القاعدة الرابعة من القواعد الثمانية الجديدة التي افادها الشيخ كاشف الغطاء في ص ١٣٤

(٢) اى جواب هذا الاشكال عند قوله ص ١٥٢ : فلا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع .

وقد عرفت الجواب ، وكيفية الجمع عند قولنا في ص ١٥٣ :

وخلاصة الرد أن هنا ادلة ثلاثة .

وأما (١) ، كون التلف مملكا للجانبين فإن ثبت باجماع ، أوسيرة كما هو الظاهر كان كل من المالين (٢) ، مضموناً بعوضه فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه .

نظير (٣) ، تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع ، لأن (٤) ، هذا

---

(١) هذا رد على القاعدة الخامسة الجديدة المشار اليها في ص ١٣٦ :

وخلاصته : أن المنشأ في كون التلف السماوي مملكاً للجانبين اذا كان هو الاجماع ، أو سيرة المتشرعة كما هو الظاهر من كلمات الأصحاب في هذه المجالات فلا مانع من القول بأن كل واحد من المالين يكون مضموناً بعوضه الذي هو المسمى .

فكل واحد من المتعاطيين يكون ضامناً بالعوض لما في يده ، فيكون التلف من ماله وان كان سبب التلف هو السبب السماوي .

(٢) اي المالين الذين تعاطيا عليهما كما عرفت .

(٣) هذا تمثيل لإمكان القول بكون التلف السماوي مملكاً ، اى ضمان كل واحد من المتعاطيين بالعوض الذي هو المسمى نظير تلف المبيع قبل اقباضه للمشتري .

فكما أن التلف هناك من البايع ، كذلك هنا يكون التلف من كل واحد من المتعاطيين ، وضمان العوض عليهما .

(٤) وهو أن كلاً من المالين يكون مضموناً بعوضه ، ويكون التلف من مال كل من المتعاطيين هو مقتضى الجمع بين الأدلة الثلاثة :

وهو الاجماع الذي يثبت عدم ضمان المأخوذ بالمعاطاة اذا تلف لا بالمثل ، ولا بالقيمة ، ولا بالمسمى .

وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: (على اليد ما اخذت حتى تؤدي) =

هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع ، وبين عموم على اليد ماأخذت ، وبين أصالة (١) عــدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه توضيحه (٢) : أن الاجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله ، أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذى اليد ، رعاية (٣) ، لعموم على اليد ما اخذت .

فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية في أن تلف المبيــع

= فإن عمومه يشمل حتى مثــل المأخوذ بالمعاطاة : من حيث الضمان بالمثل أو القيمة ، أو المسمى .

واستصحاب بقاء كل من المالين على ملك صاحبه قبل تلفه إلا في زمن التلف الــذي هو المتيقن من الضمان ، لعــدم بقـاء ملك لـكل منهـا حتى يستصحب .

فهذه الأدلة الثلاثة المتناقضة هي الباعثة لـكون تلف المأخوذ بالمعاطاة ضمانه على كل واحد من المتعاطين .

(١) وهو الاستصحاب الذي عرفته آنفاً .

(٢) اى توضيح أن ضمان كل من المأخوذ بالمعاطاة على كل واحد من المتعاطين ، وأن تلفه على كل واحد منهما هو مقتضى الجمع بين الأدلة الثلاثة المذكورة :

وقد عرفت شرح هذا التوضيح في الهامش ٤ من ص ١٥٧ عند قولنا : وخلاصة الرد أن هنا .

(٣) منصوب على المفعول لأجله أي الحكم بـكون التلف من مال ذي اليد لأجل مراعاة قاعدة : على اليد ما اخذت .

فالنتيجة أن الاجماع ، وعموم على اليد بمنزلة الرواية الواردة في أن تلف المبيع قبل إقباضه للمشتري من مال البايع .

قبل قبضه من مال بايعه . فاذا (١) ، قدر التلف من مال ذي اليد فلابد من أن يقدر في آخر أزمنة إمكان تقديره ، رعاية (٢) لأصالة عدم حدوث الملكية قبله .

كما (٣) تقدر ملكية المبيع للبايع ، وفسخ (٤)

---

(١) الفاء تفريع على ما افاده : من أن تلف المأخوذ بالمعاطاة يكون من مال ذي اليد الذي هو كل واحد من المتعاطيين .

اى في ضوء ماذكرناه لك فلابد من أن يفرض التلف في آخر لحظة من لحظات امكانه ، وآخر اللحظة هي الحالة الوسيطة بين آخر دقيقة من حياة المأخوذ بالمعاطاة ، وأول لحظة من لحظات فنائه وعُدمه ، فلا تحدث الملكية قبل التلف .

(٢) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل لفرض ملكية ذي اليد للمال التالف الى آخر أزمنة امكان تلفه اي الفرض المذكور لأجل استصحاب بقاء ملكية كل من المالين على ملك صاحبه .

(٣) تنظير لفرض التلف في آخر لحظة من لحظات امكانه اى مانحن فيه : وهو تلف المأخوذ بالمعاطاة شبيه فرض ملكية المبيع فيما اذا تلف عند البايع اي قبل أن يقبضه للمشتري ، فإنه يفرض تملك البايع للمبيع مقارناً للتلف الذي هو آخر أزمنة امكان التملك فيضمن المسمى اذا قبض الثمن من المشتري .

ثم لايخفى عليك أن مقتضى كلام الشيخ أن تملك ذي اليد المال التالف إنما يكون مقارناً للتلف ، لاقبله ولا بعده ، لأن قبله لايمكن ، حيث يجري استصحاب بقاء ملكية صاحب المال ، وبعده كذلك ، لأن المال قد عدم ولم يبق منه شيء حتى يكون قابلا للتملك .

(٤) بالرفع عطفا على نائب فاعل تقدر وهي كلمة (ملكية) اى -

البيع من حين التلف ، استصحاباً (١) : لاثر العقد .

وأما (٢) ماذكر من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر على القول بالإباحة : أن لكل منهما (٣) ، المطالبة مادام (٤) ، باقياً

ـ كما يقدر فسخ العقد من حين تلف المبيع فهو عطف تفسيري .

وكان الأنسب تقدم فسخ البيع على جملة تقدر مالكية المبيع ، لأن لها التقدم الرتبي ، حيث إن تملك البايع المبيع فرع فسخ العقد .

(١) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل لتملك البايع من حين التلف وهو آخر أزمنة امكان التملك اى القول بذلك لاجل استصحاب تملك المشتري المال بالعقد الصحيح الذي وقع البيع به : وهو اجتماع جميع شروط المتعاقدين والعوضين .

(٢) رد على القاعدة السادسة الجديدة المشار اليها في ص ١٤٠

وحاصله : أن لكل من المتعاطيين مطالبة الغاصب ما غصبه مادامت العين باقية في يده ، أو تالفة عنده ، لأن كل واحد منهما قد اباح لصاحبه التصرف فيما اعطاه له مقابل التصرف الذي هو يعطيه له .

فلما غصب الغاصب المأخوذ بالمعاطاة فقد منع كل واحد منهما التصرف فيما اخذه فلكل واحد منهما حق المطالبة من الغاصب .

هذا في صورة بقاء العين في يد الغاصب .

وأما في صورة تلف المأخوذ بالمعاطاة عنده فبناءً على القول بأن التلف موجب للتمليك فيكون المطالِب شخص المغصوب منه ، لأنه قد ملك العين بسبب التلف فلا يلزم محذور ابداً .

(٣) أي لكل من المتعاطيين مطالبة الغاصب كما عرفت آنفا .

(٤) اى المال كما عرفت آنفا .

واذا تلف فظاهر اطلاقهم التملك بالتلف (١) تلفه (٢) من مال المغصوب منه .

نعم (٣) لو قام اجماع كان تلفه من مال المالك (٤) لو لم يتلف عوضه قبله (٥)

وأما (٦) ماذكره من حكم النماء فظاهر المحكي عن بعض أن القائل بالاباحة لايقول بانتقال النماء الى الآخذ ، بل حكمه حكم اصله .

ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه (٧) بمجرد الاباحة .

---

(١) حيث لم يقيد التلف في اطلاقات الفقهاء .

(٢) بالرفع خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : فظاهر .

(٣) استدراك عما افاده : من أن تلف المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب من مال المغصوب منه ، لامن مال المالك الاول .

وخلاصته أنه لو قام اجماع على أن المطالب بالمال المغصوب هو المالك الاول عند غصبه سقطت المطالبة من المالك الثاني الذي هو المغصوب منه .

لكن مطالبة المالك الاول الغاصب مشروط بعدم تلف ما اخذه من صاحبه عنده قبل تلف المال .

(٤) اى المالك الاول كما عرفت آنفاً .

(٥) اى قبل تلف المال كما عرفت آنفاً .

(٦) رد على القاعدة السابعة المشار اليها في ص ١٤٢

وخلاصته أن النماء المذكور تابع لحكم اصله فكما أن اصله مباح التصرف ، كذلك النماء يكون مباح التصرف .

فالقائل بافادة المعاطاة الاباحة المجردة عن الملك مع قصد المتعاطيين التمليك لايقول بانتقال النماء الى الآخذ وأنه ملك له .

(٧) اي في ملك الآخذ بمجرد الاباحة . =

ثم إنك بملاحظة ماذكرنا تقدر على التخلص من سائر ماذكره (١) مع أنه (٢) رحمه الله لم يذكرها للاعتماد .

والإنصاف أنها (٣) استبعادات في محلها .

وبالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك (٤)

حاصل هذا الاحتمال أن النماء بمجرد حدوثه في يد الآخذ موجب لتملكه له وان كانت العين لاتزال باقية على الاباحة .

ويحتمل أن يراد من حدوث النماء في ملك الآخذ : أن حدوثه موجب لتملك العين فيكون النماء حادثاً في ملكه تبعاً لتملك العين .

فكما أن العين صارت ملكاً له بموجب النماء كذلك النماء صار ملكاً له .

وهذا الاحتمال قد استشكل فيه (كاشف الغطاء) بقوله في ص١٤٢ : إن النماء الحادث قبل التصرف إن جعلنا حدوثه مملكاً له دون العين فبعيد ، ومعها فكذلك ، وقد ذكرنا وجه البعد في الهامش ٢ ص ١٤٣

(١) وهو (كاشف الغطاء) : من الاشكالات الواردة على القول بالملكية المتزلزلة وهي القاعدة الثامنة المشار اليها في ص ١٤٣

(٢) اي مع أن (كاشف الغطاء) لم يذكر تلك الوجوه والاشكالات لأن يعتمد عليها ، بل ذكرها لبيان ترتب هذه المفاسد على القول بالملكية المتزلزلة .

(٣) اى تلك المفاسد المذكورة في كلام (كاشف الغطاء) وان كانت كلها استبعادات محضة ، إلا أنها في محلها .

(٤) كما افاده القائل بأن المعاطاة تفيد الاباحة المجردة وهو احد القولين في المعاطاة .

المعتضدة (١) ، بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني ، وبالاتفاق (٢) ، المدعى في الغنية ، والقواعد (٣) هنا ، وفي المسالك (٤) في مسألة توقف الهبة على الايجاب والقبول : مشكل (٥)

ورفع (٦)

= والمراد من الاصل هنا الاستصحاب ، حيث إن المأخوذ بالمعاطاة كان قبل المعاطاة ملكاً لصاحبه فبعد حصول المعاطاة نشك في تملك الآخذ له فنستصحب الملكية السابقة لصاحبه كما عرفت .

(١) بالجر صفة لأصالة اى أصالة عدم الملك المعتضدة بالشهرة الموجودة الى زمان المحقق الثاني من عدم افادة المعاطاة الملك .

ولا يخفى أن الموجود في الغنية لفظ الاجماع ، لا الاتفاق كما عرفت

(٢) أى أصالة عدم الملك معتضدة بالاتفاق المدعى ايضاً في المسالك بقوله : تتوقف الهبة على الايجاب والقبول بالاتفاق .

فاذا كانت الهبة التي هي من أضعف العقود وأسهلها متوقفة على الايجاب والقبول فالبيع بطريق أولى يتوقف على ذلك

(٣) أي وبالاتفاق المدعى في القواعد في باب المعاطاة

(٤) اى وبالاتفاق المدعى في المسالك .

فكلمة عندنا تعطي معنى الاتفاق .

(٥) خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : فالخروج اى الخروج مشكل

(٦) هذا تأييد للقول الثاني : وهو افادة المعاطاة الملكية في الجملة وهي الملكية المتزلزلة كماافادها المحقق الكركي .

وخلاصته أن رفع اليد عن عموم أدلة البيع الدالة على أن مطلق العقد سواءً أكان باللفظ ام بالفعل بيع أشكل ، فان قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللهُ

اليد عن عموم أدلة البيع والهبة ، ونحوهما (١) ، المعتضد (٢) ، بالسيرة القطعيـة المستمرة ، وبدعوى (٣) الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني ، بناءً (٤)

- البَيعَ ، وقوله إلا أن تَكُونَ تجارةً عن تَراضٍ يشمل التعامل الفعلي ايضاً .

ومن الواضح أن المعاطاة احد أفراد البيع ومصاديقه ، واحد مصاديق التجارة فتشمله الكبرى الكلية الواقعة في الآيتين الكريمتين .

وكذا من الواضح أن أدلة الهبة مطلقة ليس فيها تقييد باختصاصها بالصيغة فتشمل المعاطاة .

راجع (وسائل الشيعـة) الجزء ١٣ من ص ٣٣٢ الى ص ٣٤٥ . كتاب الهبات . الأحاديث .

(١) اى ونحو البيع والهبـة وهي أدلة الاجارة والعارية والوكالـة والوديعة .

راجع المصدر نفسه في أبوابها .

(٢) بالجر صفة لكلمة عموم اى عموم أدلة البيع والهبة والاجارة والوكالة والوديعة المعتضد بالسيرة القطعية من زمن (الرسول الأعظم) صلى الله عليه وآله وسلم الى زماننا هذا ، حيث كان المسلمون كافة يعاملون في جميع معاملاتهم : من البيع والهبة والاجارة والوكالة والوديعة بدون ايجاب وقبول .

(٣) اي العموم المذكور معتضد ايضاً بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني بقوله في ص ٨٨ : وقوله تعالى : وَاَحَلَّ اللهُ البَيعَ يتناولها ، لأنها بيع بالاتفاق .

(٤) اى افادة المعاطاة الملكية فيدعوى المحقق الكركي الاتفاق مبني -

على تأويله لكلمات القائلين بالاباحة أشكل (١)

فالقول الثاني (٢) لايخلو عن قوة

وعليه (٣)

- على تأويل المحقق الاباحة المجردة الواقعة في كلمات الفقهاء : على الملكية المتزلزلة .

(١) بالرفع خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : ورفع اليد اى رفع اليد عن العموم المذكور أشكل من الخروج عن أصالة عدم الملك .

فذاك مشكل وهذا أشكل كما عرفت وجه المشكلية والأشكلية .

(٢) هذا رأي الشيخ في المعاطاة اي القول الثاني وهي افادة المعاطاة الملكية لايخلو عن قوة كما ذهب اليه المحقق الكركي .

(٣) اي وعلى القول الثاني فهل الملكية المستفادة من المعاطاة لازمة ابتداءً ومن حين جريان المعاملة ووقوعها ، سواءً أكان هناك لفظ ام لا كما افاد هذا المعنى (الشيخ المفيد) ؟

أو أن الملكية لازمة بشرط كون الدال على التراضي من الطرفين لفظاً ، سواءً أكان عربياً ام غير عربي كما حُكي هذا المعنى عن (الشهيد الثاني) ؟

أو أن الملكية المستفادة من المعاطاة غير لازمة مطلقا ، سواء أكان هناك لفظ دال على التراضي أم لا ؟ فيجوز لكل من المتعاطيين الرجوع في ماله مادام باقياً كما ذهب الى هذا المعنى اكثر القائلين بالملك ، بل كلهم عدا من عرفت الذي قال بالملكية اللازمة (كالشيخ المفيد)

فهنا أقوال ثلاثة :

(الاول) : اللزوم مطلقا ، سواءً أكان هناك لفظ ام لا

هذا مذهب الشيخ المفيد ومن يقول بمقالته . -

فهل هي لازمة ابتداءً (١) مطلقا كما حُكي عن ظاهر المفيد ، أوبشرط (٢) كون الدال على التراضي لفظا كما حُكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني وقواه جماعة من متأخري المحدثين .

أو هي (٣) غير لازمة مطلقا فيجوز لكل منهما الرجوع في ماله كما عليه اكثر القائلين بالملك ، بل كلهم عدا من عرفت (٤) : وجوه (٥) أوفقها (٦)

- (الثاني) عدم اللزوم مطلقا ، سواء أكان هناك لفظ ام لا هذا مذهب اكثر القائلين بالملكية .

(الثالث) : اللزوم بشرط كون الدال على التراضي لفظاً .

وقد ذهب الى هذا (الشهيد الثاني) ومن يقول بمقالته .

(١) اى من حين جريان التعامل ووقوعه ، سواءً أكان هناك لفظ ام لا كما عرفت ذلك عند قولنا في ص ١٦٥ : سواءً أكان وهذا معنى قوله : مطلقا .

(٢) أي أن المعاطاة لازمة بشرط كون الدال على التراضي لفظاً

(٣) اى الملكية غير لازمة مطلقا ، سواءً أكان هناك لفظ أم لا كما عرفت ذلك عند قولنا فيص ١٦٥ : أوأن الملكية المستفادة .

(٤) وهو (شيخ الامة الشيخ المفيد) عطر الله مرقده كما عرفت ذلك عند قوله : اللزوم مطلقا كما هو ظاهر المفيد .

(٥) مبتدأ خبره محذوف اى هاهنا وجوه .

(٦) هذا مختار الشيخ ورايه في المعاطاة اى الأنسب بالقواعد الفقهية المسلمة هو القول الاول : وهي الملكية اللازمة مطلقا ، سواءً أكان لفظ كقولك : خذه أم لا ، بل يكون هناك مجرد فعل .

بالقواعد هو الاول ، بناءً (١) على أصالة (٢)

---

(١) منصوب على المفعول لاجلـه فهو تعليل لـكون الوجه الاول أنسب وأوفق بالقواعد الفقهية .

من هنا يأخذ الشيخ في الاستدلال على مدعاه : وهي افادة المعاطاة الملكية اللازمة مطلقا .

والأدلة التي اقامها الشيخ لاثبات مدعاه تسعة حسب ماعرفناها نحن وان كان الشيخ قدس الله نفسه في الامر السادس يصرح أنهـا ثمانية .

لـكن عند مانشرحها يتضح لك الامر ، ونشير الى كل واحد منها عند مايذكرها

(٢) هذا اول الأدلة

اختلفت كلمات فقهائنا الكرام في المراد من الاصل هنا .

(قيل) : هو مقتضى الأدلة الشرعية التي دلت على لزوم جميع العقود والمعاهدات .

وهي الآيات والأخبار الآتية .

(وقيل) : هو الاستصحاب .

(وقيل) : هو الاصل العقلائي وبناؤهم على ذلك .

وهذا هو الحق في المقام كما اختاره سيدنا الاستاذ (السيد البجنوردى) قدس الله نفسه الزكية وافاده علينا عندما كنا نحضر معهد درسه الشريف في (الجامع الطوسي) قبل تجديد بنايته ، فنحن نذكر خلاصة ماastفدناه منه طيب الله رمسه .

اليك الخلاصة .

قال قدس الله نفسه الزكية : -

. . . .

- المراد من الاصل هو الاصل العقلائي الذي جرى ديدن العقلاء من العرف في جميع تعاملهم وعقودهم وعهودهم على لزوم الوفاء والبقاء عند التزاماتهم ، ويرون أن رفع اليد عما التزموا به : من العقود والعهود والتعامل ناقضاً لذلك الالتزام ، ومخالفته من أكبر العيوب والمفاسد ، وعدم الاعتناء به ، من الصفات الذميمة ، والعدول والرجوع عنه خلف ونقض لما التزموا به والخلف والنقض قبيح قبحه العقلاء في محاوراتهم وأنديتهم .

كل ذلك ليس إلا لاشتغال ذممهم بتلك العهود والعقود الملتزمة .

ونرى في الخارج أن الشارع حثهم على ذلك وأيدهم ولم نر منعاً منه في جميع خطاباته ونواهيه .

والخلاصة أن العرف والعقلاء يرون الالتزام بشيء لشخص واجب الأداء لامحالة ، لأنهم يرون أن التزامهم لطرفهم لشيء هو تمليك له يتصرف فيه بأي نحو شاء واراد من أنحاء التصرفات ، ويكون ذلك الشيء ملكا له بسبب التمليك الحاصل من الالتزام المذكور .

كما لو وهب شخص لشخص شيئاً ليس للواهب الرجوع فيه ولاسيما اذا تصرف فيه وأتلفه ، وليس على الموهوب له ضمان ، ولاحق على الواهب أن يضمنه .

ففيما نحن فيه لو التزم شخص للغير بشيء يرى العقلاء وجوب الوفاء به ، وللملتزم له حق الزام الملتزم بالوفاء ، لأنه بالتزامه ملّك الشخص الآخر ولهذا لو رفع الملتزم له يده عن حقه لايكون الملتزم بعد ذلك ملز ّماً بالوفاء ولا يعد ناقضاً لعهده وعقده حتى يقبحه العقلاء ، وليس هذا إلا لبناء العقلاء على ذلك قديماً وحديثاً من صدر الاسلام الى يومنا هذا في جميع الأعصار والأدوار . -

اللزوم في الملك وللشك (١) في زواله بمجرد رجوع مالكه الاصلي ودعوى (٢) أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر

ثم إن المراد من الالتزام الواجب الوفاء هو الالتزام في ضمن عهد وعقد ، لا الالتزام البدوي .

ثم لايخفى عليك أن العقد على قسمين :

(الاول) : العقد الاذني الذي هو عبارة عن مجرد اذن احد للآخر في شيء من الأشياء كالعارية والوكالة .

(الثاني) : العقد العهدي الذي هو عبارة عن العهد المؤكد ، فوجوب الوفاء بالالتزام إنما هو في العقد العهدي ، لا الاذني ، لأنه عقد شكلي بصورة العقد ، وإنما قيل له العقد ، لكون الاذن فيه بحكم الايجاب ، ورضى الطرف الآخر بهذا الامر بحكم القبول ، ولذلك اطلق العقد عليه مجازاً ، لاحقيقة ، لأنه ليس تعهد في البين حقيقة .

هذه خلاصة ما استفدناه من مبحث درسه الشريف قدس الله نفسه وللبحث صلة طويلة مفيدة جداً اذا اردت الإحاطة عليها فراجع كتابه : (القواعد الفقهية) الجزء ٥ . من ص ١٦٢ - الى ٢٠٩

(١) هذا هو الدليل الثاني من الأدلة وهو الاستصحاب

وخلاصته : أنه لو رجع احد المتعاطيين فيما اعطاه للآخر ازاء مايعطيه هو له فنشك في زوال الملكية الثابتة بالأصل العقلائي الذي ذكرناه لك فنجري استصحاب تلك الملكية الثابتة التي جاءت من قبل العقد الفعلي وهي المعاطاة ، حيث إن أركان الاستصحاب : من اليقين السابق ، والشك في اللاحق ، وإحراز الموضوع : موجودة هنا .

(٢) خلاصة هذه الدعوى أنه لو قيل : إن المسلم والثابت في الملكية -

والمفروض انتفاء الفرد الاول (١) بعد الرجوع ، والفرد الثاني (٢) كان مشكوك الحدوث من أول الامر فلا ينفع الاستصحاب (٣) .

بل ربما يزاد (٤) استصحاب بقاء علقة المالك الاول : مدفوعة (٥)

المستفادة من المعاطاة هي الملكية المشتركة بين المستقرة والمتزلزلة ، لا الملكية المستقرة بوحدها ، ولاالملكية المتزلزلةبوحدها ، اذالاولى مشكوك الحدوث من بداية وقوع المعاطاة ، لعدم العلم بوقوع أي فرد من فردي الملكية حتى يجري استصحاب بقاء الملكية بعد رجوع احد المتعاطيين فيما اعطاه للآخر .

بل الاستصحاب هنا بالعكس اى يستصحب بقاء علقة المالك الأول ، لأن أركان الاستصحاب التي ذكرناه لك مفقودة بسبب رجوع احد المتعاطيين عما اعطاه للآخر .

(١) وهي الملكية المتزلزلة كما عرفت .

(٢) وهي الملكية المستقرة كما عرفت .

(٣) اى استصحاب بقاء الملكية كما عرفت عند قولنا في ص١٦٩ : هذا هو الدليل الثاني .

(٤) اى يكون الاستصحاب بالعكس كما عرفت معنى ذلك عند قولنا : بل الاستصحاب هنا بالعكس .

(٥) جواب عن الدعوى المذكورة .

وحاصله : أن انقسام الملك الى الفردين المتضادين : الملكية المستقرة والملكية المتزلزلة ليس من جهة الاختلاف في حقيقة الملك ومفهومه وماهيته حتى يُقسَّم الى تلك تارة ، والى هذه اخرى كما هو الحال في الانسان والفرس ، حيث إنهما مختلفا الحقيقة في الفصل فيقسمان الى هذين الفردين -

مضافا (١) ألى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب

= بل الإنقسام الى الفردين المذكورين باعتبار حكم الشارع على الملك بالزوال طوراً لو رجع المالك الاصلي الذي هو احد المتعاطيين والذي اعطى ماله لصاحبه بالمعاطاة .

وطوراً بالثبوت والاستقرار كما اذا لم يرجع المالك الاصلي عما اعطاه لصاحبه بالمعاطاة .

ثم إن منشأ هذا الانقسام الى القسمين المذكورين : اختلاف حقيقة السبب المملك .

فإن من السبب مايقطع علقة المالك من المبيع راساً وبتاتاً ، وعلقة المشتري من الثمن راساً وبتاتاً كما في بيع المجلس بعد الافتراق .

ومن السبب مالا يقطع علقة المالك لاعن المثمن ، ولا عن الثمن كما اذا اشترط البيعان الخيار لكل واحد منهما ، أو بيع حيوان بحيوان .

ومن السبب مايقطع علقة المالكية عن احدهما ، دون الآخر كما في خيار الحيوان ، فإن العلقة لا تنقطع إلابعد مضي ثلاثة أيام عن بيع الحيوان اذا كان المثمن حيوانا ، والثمن نقداً ، أوبالعكس .

ثم لايخفى أن إنقسام الملك الى المستقر والمتزلزل من تعابير الفقهاء ، وليس من تعبير الشارع .

(١) اي بالاضافة الى الجواب المذكور لنا دليل آخر على افادة الاستصحاب الملكية في المقام .

وخلاصته أن القدر المشترك الذي هو كلي الملكية يمكن جريانه في الاستصحاب ونقول بوجوده وإمكانه ، وليس الامر كما ذكره القائل : بأنه لا ينفع الاستصحاب بعد انتفاء الملكية المتزلزلة برجوع المالك الاصلي =

فتأمل (١) : بأن (٢) إنقسام الملك الى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته (٣) وإنما هو (٤) باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات (٥) بالزوال برجوع المالك الاصلي (٦)

ومنشأ هذا الاختلاف (٧) اختلاف حقيقة السبب المملك (٨)

= وبعد مشكوكية حدوث الفرد الثاني الذي هي الملكية المستقرة من بداية الامر

(١) وجه التأمل : أن الكلي بما هو كلي طبيعي لايحصل في الخارج إلا في ضمن أفراده ، وحصول أي فردي الملكية : الملكية المتزلزلة ، والملكية المستقرة غير معلوم ، لأنه إن حصل الفرد المتزلزل فلا يجري الاستصحاب فيه كما عرفت في الدعوى .

وإن حصل الفرد المستقر فلا يحتاج بقاؤه الى الاستصحاب .

(٢) الجار والمجرور متعلق بقوله : مدفوعة . والباء بيان لكيفية الدفع كما عرفته عند قولنا في ص ١٧٠ : وحاصله .

(٣) اي في حقيقة الملك كما عرفت آنفاً .

(٤) اى هذا الانقسام الى الفردين المذكورين.

(٥) كما عرفت في الهامش ٥ من ص ١٧٠-١٧١ عند قولنا : فإن من السبب مايقطع الى آخر ماذكرناه هناك.

(٦) الذي هو احد المتعاطيين كما عرفت، ولولا رجوعه لكان الملك مستقرا ثابتاً .

(٧) وهو انقسام الملكية الى المتزلزلة والمستقرة كما عرفت .

(٨) اذ قد عرفت في الهامش ٥ من ص ١٧٠-١٧١ أن من السبب مايقطع علقة المالك راساً وبتاتاً .

لا اختلاف حقيقة الملك (١)

فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب ، لامن الخصوصيات المأخوذة في المسبب (٢)

ويدل عليه (٣)

ومن السبب مالا يقطع علقة المالك كما في بيع الحيوان بالحيوان الى آخر ماذكرناه هناك .

(١) فإن حقيقة الملك وماهيته كما عرفت شيء واحد ، لااثنينية فيها

(٢) فإن الملكية التي هو السبب لو حصلت بالسبب المذكور لم يجز الرجوع للمالك الاصلي .

ولو حصلت بنوع آخر من السبب يجوز للمالك الرجوع في ماله مادامت العين باقية ، فالمؤثر في جواز الرجوع وعدمه : هي نوعية السبب لانوعية الملكية حتى يقال : إنها مستقرة ومتزلزلة .

(٣) اى على ما ادعيناه : وهو أن منشأ الاختلاف في إنقسام الملك الى المستقر والمتزلزل هو الاختلاف في حقيقة السبب ، لا الاختلاف في حقيقة المسبب .

من هنا الى آخر قوله : على طبق قصود المتعاطين يروم الشيخ أن يستدل على مدعاه .

ونحن نشرح خلاصة ما افاده في هذا المقام .

فنقول : إن الاستقرار والتزلزل لو كانا من خصوصيات الملك ولوازمه فلابد أن تكون تلك الخصوصية إما من ناحية المالك وجعله ، أومن ناحية الشارع .

فإن قلنا : إن التخصص باحدى الخصوصيتين المذكورتين جاءت -

مع (١) أنه يكفي في الاستصحاب الشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك ، أو من لوازم السبب المملك ، ومع أن المحسوس بالوجدان أن انشاء

- من ناحية المالك وجعله : بمعنى أنه أوجدها كان الواجب عليه التفصيل بين أنواع التمليك وأقسامه : بأن يقول :

(منها) : مايوجب الملكية المستقرة اللازمة كما اذا قصدها المالك من حين التمليك .

(ومنها) : مايوجب الملكية المتزلزلة كما اذا قصدها المالك من حين التمليك .

(ومنها) : مالايوجب لاذاك ولا ذا .

وهذا التفصيل يكون بحسب قصد رجوع المالك عن ملكه ، وعدم قصد الرجوع .

فإن قصد الرجوع حصلت الملكية المتزلزلة ، وإن لم يقصد حصلت الملكية المستقرة ، وان لم يقصدهما لم يحصل أيهما .

فالتزلزل والاستقرار دائران مدار قصد الرجوع وعدمه .

ومن الواضح بطلان تقسيم الملك الى الأقسام الثلاثة المذكورة ، لعدم تأثير قصد المالك في الرجوع وعدمه .

(١) هذا تنازل من الشيخ ومما شاة منه مع الخصم المدعي عدم جريان استصحاب الملكية الحاصلة من المعاطاة لو رجع احد المتعاطيين عما اعطاه لصاحبه بقوله في ص ١٧٠ : فلا ينفع الاستصحاب .

وخلاصته أنه بعد القول بأن منشأ الاختلاف في إنقسام الملك الى الفردين المذكورين هو الاختلاف في حقيقة السبب ، لا الاختلاف في حقيقة المسبب يكفي لنا جريان استصحاب الملكية المذكورة مع الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك ، أو من لوازم السبب المملك .

الملك في الهبة اللازمة ، وغيرها على نهج واحد (١) : أن (٢) اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإما أن يكون تخصيص القدر المشترك (٣) باحدى الخصوصيتين (٤) بجعل المالك ، أو بحكم الشارع .

فإن كان الأول (٥) كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفة (٦) بحسب قصد : الرجوع ، وقصد عدمه (٧) ، أو عدم قصده وهو بديهي البطلان (٨) ، اذ لاتأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه .

---

(١) المراد من نهج واحد هو جواز التصرف للموهوب له بجميع أنواع التصرف من النقل والانتقال بأي سبب حصل .

(٢) جملة أن مع اسمها مرفوعة محلاً فاعل لكلمة يدل في قوله : ويدل على ماقلناه . وقد عرفت الاستدلال بقولنا في ص١٧٣ : فنقول : إن الاستقرار والتزلزل .

(٣) وهي الملكية التي كانت قدراً مشتركا بين فردي الملكية : وهي الملكية المستقرة والمتزلزلة .

(٤) بأن يجعل الملك المتشخص في الخارج إما لازماً غير جائز الرجوع فيه ، أو جائزاً يجوز الرجوع فيه وهما معنى المستقر والمتزلزل .

(٥) وهو كون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك .

(٦) كما عرفت ذلك في ص ١٧٣ عند قولنا : منها مايوجب التمليك

(٧) أي عدم الرجوع ، وقدعرفت معنى هذا عند قولنا : في ص ١٧٤ فإن قصد الرجوع حصلت الملكية .

(٨) وقد عرفت وجه البطلان في ص ١٧٤ عند قولنا : ومن الواضح .

وان كان الثاني (١) لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشيء (٢) وهو (٣) باطل في العقود ، لما تقدم : من أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصود وان امكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاطاة بناءً على ماذكرنا سابقاً (٤) ، انتصاراً (٥) للقائل بعدم الملك : من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين .

لكن الكلام في قاعدة اللزوم (٦) في الملك تشمل العقود ايضا .

---

(١) وهو كون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل الشارع .

(٢) اذ المالك الذى هو منشأ إعطاء سلعته للآخر قد قصد التمليك الذي يفيد الملكية اللازمة ، لا الجواز فحكم الشارع بتزلزل هذه الملكية مخالف لما قصده المنشيء فيلزم تخلف العقد عن القصد ، لأن ما قُصد لم يقع وما وقع لم يُقصد وهو باطل .

(٣) اى امضاء الشارع العقد على غير ماقصده المنشيء وقد عرفت وجه البطلان آنفاً .

(٤) في ص ١٤٦ عند قوله : أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها

(٥) منصوب على المفعول لاجله فهو تعليل لإمكان القول بتخلف العقود عن القصود في مسألة المعاطاة المفيدة للاباحة ، دون العقود الصادرة بالألفاظ والأقوال .

وقد عرفت أن صاحب الجواهر من القائلين بالاباحة المجردة .

(٦) وهي أصالة اللزوم المعبر عنها بالاصل العقلائي ، فإن العقلاء بنوا على أن المعاطاة تفيد الملكية اللازمة ، ولاشك في كونه من العقود.

وبالجملة فلا اشكال في أصالة اللزوم (١) في كل عقد شُك في لزومه شرعاً .

وكذا لو شُك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم ، أوالجائز .
كالصلح من دون عوض (٢) ، والهبة (٣)

نعم لو تداعيا (٤) احتمل التحالف في الجملة (٥)

ويدل على اللزوم (٦)

---

(١) وهو الاصل العقلائي الاولي كما عرفته في ص ١٦٧ .

(٢) فإن الصلح بما هو صلح يحتمل الوجهين : اللازم اذا كان مع العوض ، والجائز اذا كان بلا عوض ، فاذا وقع في الخارج وشككنا في كيفية وقوعه فنجري أصالة اللزوم هنا .

(٣) اي الهبة غير المعوضة ، ولغير ذي رحم ، فإن الهبة ذات وجهين : اللازمة اذا كانت معوضة وبذي رحم ، وغير اللازمة اذا كانت بلا عوض ولغير ذي رحم ، فاذا وقعت في الخارج وشككنا في كيفية وقوعها نجري أصالة اللزوم هنا .

(٤) بأن كان كل واحد من المتعاطبين مدعياً ومدعى عليه : بأن ادعى احدهما أن العقد الواقع في الخارج لازماً فانكره الآخر وقال : إنه جائز فانكره المدعي ، فهنا يصدق التداعي فيتحالفان ، طبقاً للقاعدة المعروفة : من أنه لابد من التحالف في المتداعيين .

(٥) الظاهر زيادة كلمة في الجملة ، لأنه إذا صدق التداعي صدق التحالف لامحالة .

نعم اذا كان في بعض الموارد لايصدق التحالف مع صدق التداعي كان القيد لازماً .

(٦) اى الملكية اللازمة المستقرة التي ادعاها الشيخ .

مضافاً الى ماذكر (١) عموم (٢) قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم ، فإن (٣)

---

(١) أي بالاضافة الى ماذكرنا : من الأصل العقلائي ، والاستصحاب لمدعانا : وهي افادة المعاطاة الملكية اللازمة .

(٢) فاعل لقوله : ويدل

هذا هو الدليل الثالث من الأدلة التي اقامها الشيخ لمدعاه .

(٣) هذه كيفية الاستدلال بالعموم الوارد في الحديث لمدعاه .

اليك خلاصتها : وهو أن كل واحد من المتعاطيين لمّا تعاطيا وتعاملا واعطى كل واحد منهما سلعته للآخر ازاء مايعطيه صاحبه له فقد حصلت لكل منهما حسب العموم الوارد في السلطنة في الحديث : سلطنة مطلقة له أنحاء التصرف أعم من التكوينية كالاكل والشرب ، واللبس والركوب والقيام والقعود ، والسكنى ، ومن التشريعية كالبيع والهبة والوقف والصلح والوكالة ، والوصاية والعارية ، وغير هذه : مما توجد بانشائها في عالم الاعتبار التشريعي .

وقد امضى الشارع هذه التصرفات التكوينية والتشريعية بتمامها .

فكما أن العرف والعقلاء يرون للمالك التصرف بكلا قسميه من دون توقف .

كذلك يرون له حق منع الغير عن التصرف بكلا قسميه ايضا في ماله وبدون رضاه واجازته فله أن يمنع عن اكل ماله ، وبيعه وهبته ، لأنه من جملة سلطاته وسلطنته العامة المستفادة من عموم السلطنة في الحديث وليس لاحد حق معارضته في ذلك مالم يكن سفيها ، أومجنوناً أومحجوراً عليه ومن جملة سلطته وسلطنته أن لاتخرج سلعته المأخوذة بالمعاطاة =

مقتضى السلطنة أن لايخرج عن ملكيته بغير اختياره،فجواز تملكه (١) عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة .

فاندفع (٢) ماربما يتوهم : من أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه ، ولا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الاصلي .

وبما ذكرنا (٣) تمسك المحقق رحمه الله في الشرايع على لزوم القرض بعد القبض (٤) :

= المفيدة للملكية عن تحت سلطته ونفوذه بدون رضاه واجازته.

فلو قلنا بجواز الرجوع لكل منهما في سلعته بدون اجازته متى شاء واراد يلزم أن يكون كل واحد من المتعاطيين فاقداً لتلك السلطنة العامة المستفادة من الحديث فيحصل التناقض والتهافت بين تلك السلطنة المطلقة ، وبين جواز الرجوع بدون المراجعة والرضا ، وهذا خلف وتناقض وهو محال .

(١) أي تملك احد المتعاطيين الناشىء بسبب الرجوع فيما اعطاه لصاحبه .

(٢) الفاء تفريع على ما افاده : من أن مقتضى السلطنة المستفادة من الحديث أن لايخرج الملك عن تحت تصرف الآخر إلا برضاه واختياره اى فعلى ضوء ما ذكرناه فاندفع ما يتوهم ، وقد ذكر الشيخ التوهم في المتن فلا نعيده .

(٣) وهو أن مقتضى السلطنة العامة المطلقة المستفادة من الحديث المذكور عدم خروج الشيء عن ملكية الانسان بدون رضاه .

(٤) اى فلا يصح للمقرض الرجوع فيما أقرضه بعد القبض والإقباض ، لأن الرجوع مناف للسلطنة المطلقة المستفادة من الملكية الحاصلة =

بأن (١) فائدة الملك السلطنة .

ونحوه (٢) العلامة في موضع آخر

ومنه (٣) يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام : لايحل مال إمرءٍ إلا عن طيب نفسه (٤) ، حيث دل (٥)

- من الإستقراض بعد قبض المستقرض ،وتسلمه القرض من المقرض .

(١) الباء بيان لكيفية لزوم القرض بعد القبض والتسلم وقد عرفته آنفاً .

(٢) أي ونحو استدلال المحقق في الشرايع استدلال العلامة على لزوم القرض بعد القبض والإقباض في غير كتاب الدين .

(٣) اي ومما ذكرناه : وهو أن مقتضى السلطنة المستفادة من الحديث المذكور عدم خروج السلعة عن ملكية الانسان بدون رضاه واختياره .

(٤) هذا رابع الأدلة التي ذكرها الشيخ لمدعاه : وهو أن المعاطاة تفيد اللزوم مطلقا .

(٥) أى قوله عليه السلام : لايحل مال امرء مسلم .

هذه كيفية الاستدلال لاثبات مدعاه .

وخلاصتها : أنه لابد من جواز التصرف في مال الغير وحليته من رضا المالك لامحالة ، سواء جعلنا الرضا علة تامة للحلية ، وجواز التصرف ام جعلناه جزء السبب ، والجزء الثاني الايجاب والقبول اللفظيين ام العقد الفعلي المعاطاتي ، فالرضا شرط لامحالة وعلى كل حال .

فعلى ضوء ماذكرنا : من أن الرضا إما علة تامة لحلية التصرف في مال الغير ، أوجزء سبب لها فلو رجع احد المتعاطيين الى سلعته بمجرد الفسخ من دون مراجعة صاحبها الذي تملكها بالعقد المعاطاتي الموجب -

على انحصار سبب حل مال الغير (١) أو جزء سببه (٢)

= للملكية يلزم أن يكون قد تصرف في مال المسلم بدون رضاه وطيب نفسه والرجوع هكذا مناف للحديث ، فلا اعتبار بهذا الفسخ والرجوع ، فالملك باق وثابت له .

ثم إننا راجعنا كتب الأحاديث المعتبرة التي بأيدينا فلم نجد فيها نصاً لهذا الحديث بعباراته الموجودة في المكاسب : (لايحل مال امرء إلا عن طيب نفسه) .

بل الموجود في (مستدرك وسائل الشيعة) الجزء ٣ . ص ١٤٦ . الحديث ١ هكذا :

وعنه صلى الله عليه وآله قال : المسلم اخو المسلم لايحل ماله إلا عن طيب نفس منه .

وفي (وسائل الشيعة) الجزء ٢ . ص ٤٢٥ الحديث ٣ . الباب ٣ من أبواب مكان المصلي هكذا :

عن (أبي عبدالله) عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحل دم امرءٍ مسلم ، ولا ماله إلا بطيبة نفس منه .

وفي المصدر نفسه . الجزء ٤ . ص ٣٧٦ - ٣٧٧ . الحديث ١ هكذا

عن الشيخ ابى جعفر محمد بن العثمان العمري قدس الله روحه في جواب مسائله الى صاحب الدار عليه السلام : فلا يحل لاحد أن يتصرف في مال غيره بغير اذنه .

(١) بناءً على أن سبب حلية التصرف منحصر في الرضا وأنه علة تامة له .

(٢) بناءً على أن الرضا احد جزئي العلة ، وأن الجزء الثاني هو الايجاب والقبول المعبر عنه بالعقد اللفظي . =

في رضا المالك فلا يحل بغير رضاه

وتوهم (١) تعلق الحل بمال الغير ، وكونه (٢) مال الغير بعد الرجوع اول الكلام مدفوع بما تقدم (٣) مع (٤) أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك ايضا فلا يحل التصرف فيه ، ولا تملكه إلا بطيب نفس المالك .

- أو التعاطي الحاصل من الطرفين المعبر عنه بالتعامل الفعلي كما عرفت

(١) خلاصة هذا التوهم : أن لايحل في قوله عليه السلام : لايحل مال امرء قد تعلق بمال الغير ، لابمال الانسان نفسه .

ومن الواضح أن المتعاطي لو رجع عما اعطاه لصاحبه لرجع المال اليه ، فاذا تصرف فيه فقد تصرف في ماله ، لا في مال الغير حتى يشمله لايحل مال امرء ، فلا مجال للتمسك به .

(٢) هذا من متممات كلام المتوهم اى كون مال المرجوع مال الغير اول الكلام لانسلم به ، بل المال بعد الرجوع لمالكه الاول .

(٣) جواب عن التوهم المذكور

خلاصته أنه لامجال للتوهم المذكور ، لأنك قد عرفت آنفاً أن سبب حلية مال الغير ، وجواز التصرف فيه منحصر في رضا مالكه ، لأن الرضا إما تمام العلة ، أو جزؤها والجزء الآخر الايجاب والقبول ، فبعد الإعطاء الحاصل من الطرفين اصبح المال ملكاً للآخذ فلا يصح التصرف فيه إلا برضاه .

(٤) هذا جواب آخر عن التوهم المذكور .

خلاصته أن كلمة مال نكرة واقعة في سياق النفي وهي كلمة لا في قوله عليه السلام : لايحل .

ويمكن الاستدلال (١) ايضاً بقوله تعالى : ولا تأكُلُوا اموالَكُم بَينَكُم بِالباطِل إلاّ أن تَكُونَ تِجارةً عَن تَراضٍ (٢)

ولا ريب أن الرجوع ليس تجارة ولا عن تراض (٣) فلا يجوز اكل المال

= ومن الواضح أن النكرة الواقعة في سياق النفي تفيد العموم : بمعنى أنها تشمل جميع التصرفات التي منها تملك مال الغير بدون رضاه فلها شمول أفرادي ، لأن رجوع المالك الاول في سلعته بعد إعطاء سلعته لصاحبه ازاء اعطاء صاحبه له سلعته تصرف في مال الغير بدون رضاه وهو مناف للحديث الشريف .

(١) هذا خامس الأدلة القائمة على افادة المعاطاة الملكية اللازمة .

(٢) النساء : الآية ٢٩ .

(٣) كيفية الاستدلال بالآية الكريمة : أن المراد من الأكل هنا مطلق التصرف وأنواعه الذي هو الاستيلاء والسلطة على مال الغير .

يقال : فلان اكل مالي اي استولى وتسلط عليه بالقوة والغلبة ، وليس المراد منه معناه المصطلح وهو الاكل في مقابل الشرب : لعدم امكان ذلك في كثير من الأموال .

فالآية الكريمة تمنع وتنهي عن جميع التصرفات التي تصدر في مال الناس بغير رضاهم ، فهي تحصر جواز اكل مال الغير بشيئين :

التجارة ، وتراض من الطرفين .

فجواز الاكل وعدمه دائران مدار وجود التجارة ، ووجود التراض وعدمها ، فإن وجدتا جاز ، وإلا فلا .

ومن الواضح أن المالك الاول لو رجع عن ماله الذي اعطاه لصاحبه =

والتوهم المتقدم في السابق (١) غير جار هنا ؛ لأن (٢) حصر مجوز اكل المال في التجارة إنمــا يراد به اكلــه على أن يكون ملكاً للآكل لا لغيره .

ويمكن التمسك (٣) ايضا بالجملة المستثنى منها ، حيث (٤) إن اكل

= ازاء ماعطاه صاحبه له بدون رضاه وطيب نفسه يكون الرجوع تصرفا في مال الغير بدون التجارة والتراض .

(١) وهو أن المال بعد رجوع مالكه الاول يصبح مال المالك ولا يصدق أنه مال الغير حتى يقال : إنه قد تصرف فيه فيكون التصرف من دون تجارة وتراض ، والقول بأنه مال الغير اول الكلام .

(٢) رد للتوهم السابق ؛ وأنه لايجري هنا .

وخلاصته : أن اداة الاستثناء وهي كلمة إلا في قوله تعالى : إلا أن تكون تجارة تفيد عموم الحصر : بمعنى أن جواز التصرف منحصر في رضا المالك ، بناءً على أن الرضا إما تمام العلة ، أوجزؤها ، والرجوع في مال الغير تصرف بغير رضاه ، لأن المال ليس ملكاً له .

(٣) اي على المدعى وهي افادة المعاطاة الملكية اللازمة .

هذا سادس الأدلة التي اقامها الشيخ على مدعاه .

(٤) هذه كيفية الاستدلال بالجملة المستثنى منها وهو قوله عز من قائل : ولا تأكلوا أموالَكُم بَينَكُم بِالباطِلِ

يريد الشيخ أن يبين أنه كما يمكن الاستدلال بجملة الاستثناء وهو قوله تعالى : إلا أن تكون تجارة عن تراض .

كذلك يمكن الاستدلال بجملة المستثنى منها .

وقد ذكر الشيخ كيفية الاستدلال بها فلا نعيدها .

المال ونقله عن مالكه بغير رضا المالك اكل وتصرف بالباطل عرفاً (١)

نعم (٢) بعد اذن المالك الحقيقي وهو الشارع ، وحكمه التسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج (٣) عن البطلان ، ولذا (٤) كان اكل المارة من الثمرة الممرور بها اكلاً بالباطل لولا اذن المالك الحقيقي

---

(١) التقييد بذلك لأجل أن تمامية الاستدلال المذكور متوقفة على أن اكل المال امر عرفي .

(٢) استدراك عما افاده : من أن اكل المال ونقله عن مالكه بغير رضاه اكل للمال بالباطل .

وقد ذكر الاستدراك الشيخ في المتن فلا نعيده .

(٣) اي الاكل الذي كان باذن من الشارع يخرج عن كونه اكلاً للمال بالباطل .

(٤) اي ولاجل أن الاكل الذي يكون باذن من الشارع الذي هو المالك الحقيقي لا يكون اكلا للمال بالباطل : جاز الاكل للمارة من الفواكه والزرع كالخضروات ، فجواز الاكل هنا رغما على المالك ، وقهراً عليه ، لاذن الشارع فيه .

ثم لايخفى أن الاكل للمارة من الفواكه والزرع من المسائل الخلافية عند (فقهاء الامامية) في أصل الجواز وعدمه ، وفي السعة والضيق اليك الموجز .

ذهب الاكثر الى جواز الاكل من الفواكه والزرع الواقعة على طريق المارة بشرطين :

(احدهما) : عدم قصد المارة من بداية الامر المرور على الأشجار والمزارع المثمرة : بمعنى أن لا يكون قصدهم وغايتهم من أول الأمر المرور

. . . .

على الأشجار والمزارع ليأكلوا منها ، بل غايتهم السفر ثم اتفق مرورهم على تلك الأشجار والمزارع المثمرة .

(الثاني) : عدم وقوع الإفساد والإضرار من المارة بصاحب الفواكه وثمرة الزرع : بحيث يأكل حتى تمتلىء بطنه ويبين عليه الإمتلاء والبطنة لأنه اذا اكل وهذه حالته وصفته صدق الإضرار بصاحب البستان والزرع

ولما كان الإفساد والإضرار من الامور الاضافية والنسبية فالمناط والمدار في صدقهما كثرة الثمرة وقلتها في الشجرة والزرع ، اذ رب أشجار وزروع ثمرتها كثيرة بحيث لاتؤثر كثرة الاكل منها فيجوز الاكل ولو كان قليلا لعدم صدق الإفساد والإضرار بها .

ورب شجر وزرع ثمرتهما قليلة : بحيث يؤثر فيها الاكل فلا يجوز الاكل منها ، لصدق الإفساد والإضرار بها .

فالمدار في الجواز وعدمه : صدق الإضرار والإفساد وعدمه ، فإن صدق الإضرار لم يجز الاكل ، وإلا فجاز .

ثم إن كثرة الاكل تتحقق تارة من كثرة المارة ، واخرى من شخص واحد كثير الاكل .

وذهب البعض الآخر الى عـــدم جواز الاكل للمارة من الأشجار والمزارع منهم (الشهيد الاول) فقال :

وتركه بالكلية أولى ، للخلاف فيه (١)

ثم في صورة جواز الاكل لايجوز المارة أن يحملوا معهم شيئــاً

---

(١) راجــع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحـــديثة . الجزء ٣ ص ٣٧١ - ٣٧٤

وكذا الاخذ بالشفعة (١) ، والفسخ (٢) بالخيار ، وغير ذلك من النواقل القهرية (٣)

من الثمرة وإن قل الحمل .

وقيد بعض الجواز بصورة عدم علم المارة بكراهة صاحب الثمرة با كل المارة ، ولاظنهم بذلك ، فإنه في هذه الحالة لايجوز لهم الاكل (١)

(١) اي جواز الأخذ بالشفعة لأحد الشريكين لأجل اذن من الشارع في ذلك ، ولولا اذنه في ذلك لما صح للشريك الأخذ بالحصة المبيعة ، فالأخذ يكون هنا قهراً على المشتري ورغماً على انفه لاذن الشارع فيه .

(٢) اى وكذا جواز الفسخ للبايع ، أو للمشتري ، أو لكليهما في المبيع لأجل اذن الشارع لهما بذلك ، ولولا اذنه لهم لما صح لهما الفسخ في المبيع ، فجواز الفسخ هنا يكون قهراً على المشتري لو كان الخيار للبايع أو على البايع لو كان الخيار للمشتري ، فأيهما كان له الخيار يكون الفسخ رغماً عليه ، لأذن الشارع فيه .

(٣) المراد مس النواقل القهرية هنا وقوع الشيء في الخارج قهراً على المالك ، ورغماً على أنفه كالأخذ بالشفعة ، وجواز الفسخ بالخيار ، واكل المارة من أثمار الأشجار والزرع ، حيث إن الشارع اجاز ذلك كله وكل هذا يكون رغماً على انف المالك .

وليس المراد من النواقل القهرية معناها المصطلح وهو انتقال الشيء الى الانسان قهراً كالارث ، وحق الشفعة كما عرفت ذلك في الهامش ٥ ص١٤١

---

(١) راجع (المصدر نفسه) من ص ٣٧١ - ٣٧٢

هذا كله (١) مضافا الى مادل على لزوم خصوص البيع مثل قوله عليه السلام : البيعان بالخيار مالم يفترقا (٢)

وقد يستدل ايضا (٣) بعموم قوله تعالى : أوفوا بالعقود ، بناءً

---

(١) أى ماذكرناه لك من الأدلة الستة حول افادة المعاطاة الملكية اللازمة كان كافياً في اثبات المدعى .

وإن ابيت من دلالتها عليها فلنا دليل آخر على اثباتها .

(٢) هذا سابع الأدلة التى اقامها الشيخ لاثبات مدعاه .

كيفية الاستدلال أن المراد من البيعان البايع والمشتري ، ولا شك في صدق البايع والمشتري على المتعاطيين ، لأن المعاطاة احد أفراد البيع ومصاديقه كما عرفت مفصلا فاذا باعا وافترقا المجلس صدق الحديث الشريف فوجب البيع ولا يصح لأحدهما الرجوع والتصرف في مال الآخر إلا برضاه وطيب خاطره ونفسه .

بل الحديث الشريف يدل على اللزوم مطلقا ومن جميع الجهات والنواحي ، لامن ناحية خيار المجلس فقط ، اذ قوله صلى الله عليه وآله وسلم : ولا خيار بعد الرضا ينفي جنس الخيار ، سواءً أكان خيار المجلس ام غيره ، حيث إن كلمة لا لنفي الجنس .

راجع حول الحديث (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ . ص ٣٤٦ . الباب ١ من أبواب الخيار . الحديث ٣

وفي المصدر أحاديث اخرى في هذا المقام فراجع .

(٣) هذا ثامن الأدلة التي أقامها الشيخ لاثبات مدعاه وهو افادة المعاطاة الملكية اللازمة .

كيفية الاستدلال : أن كلمة العقود في الآية الكريمة أوفوا بالعقود

على أن العقـد هو مطلق العهد كما (١) في صحيحة عبد الله بن سنان ،

جمع محلى بالالف واللام يفيد العموم فيكون من ألفاظ العموم فيشمل جميع أفراد العقد ، سواءً أكان باللفظ المشتمل على الايجاب والقبول أم بالفعل كالمعاطاة ، فالعموم فيه عموم أفرادي ، كما أن له عموماً أزمانياً .

فمعنى الآية الشريفـة : أوفوا بكل عقد صدر في العالم ، وفي كل زمان وقع .

ومن الواضح أن وجوب الوفاء بكل عقد ، وفي كل زمان انما يلزم لو كان العقد لازماً ، لاجائزاً يصح الفسخ فيه لمالكه الاول متى شاء واراد .

فعـلى ضوء ما ذكرنا ظهر لك أن اللزوم الذي هو الحكم الوضعي من لوازم العقد وذاتياته ، لا أنه منتزع من الحكم التكليفي الذي هو وجوب الوفاء بالعقد كما افيد في المقام .

بعبارة اخرى أن العقد هو مطلق العهد الذي هو الالتزام بالشيء : بأن يلتزم البايع بتسليم المبيع الى المشتري ، والمشتري يلتزم بتسليـم الثمن الى البايع .

وهذا الالتزام يحصل من أي عقـد صدر ، وفي أي زمان وقـع ولا يخص العقد الصادر بالايجاب والقبول اللفظين .

وهذا معنى أن اللزوم من لوازم العقد وذاتياته .

(١) يروم الشيخ قدس سره أن يستشهد على المراد : وهو أن العقد مطلق العهد كما ذكرناه لك بصحيحة عبد الله بن سنان . اليك نصها .

العياشي في تفسيره عن ابن سنان .

قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجـل : يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ . -

أو العهد (١) المشدد كما عن بعض اهل اللغة

قال : العهود ، فالشاهد في كلمة العهود التي فسر الامام عليه السلام بها كلمة العقود وهي مطلقة تشمل جميع المعاوضات ، سواء أكانت باللفظ ام بالفعل .

راجع الحديث (وسائل الشيعة) . الجزء ١٦ ص ٢٤٨ . الباب ٢٥ الحديث ٣ .

(١) هذا استشهادثان من الشيخ لما ادعاه : من أن المرادمن العقد هو العهد المطلق ، ولااختصاص له بالصادر من الايجاب والقبول اللفظين وقد استشهد باستعمال اللغويين كلمة العقد في مطلق العهد .

راجع (مجمع البحرين) الطبعة الحجرية مادة عقد .

قال عند ذكر آية أوفوا بالعقود : العقود جمع عقد بمعنى المعقود وهو أوكد العقود .

والفرق بين العقد والعهد : أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا من متعاقدين ؛ والعهد قد يتفرد به الواحد ، فكل عهد يكون عقداً ، ولا يكون كل عقد عهداً .

فالشاهد في قوله : وهو أوكد العهود ، حيث يدل على أن المراد من العقد العهد المشدد .

ثم لايخفى عليك أن صاحب (مجمع البحرين) افاد أن كل عهد عقد ولا يكون كل عقد عهداً ، فجعل الأخصية في العهد ، والأعمية في العقد ، والحال أن الأمر بالعكس أي العقد أخص من العهد ، اذ العهد يتفرد به الواحد .

بخلاف العقد ، حيث لا يكون إلابين المتعاقدين ، فكل عقد عهد ـ

وكيف كان (١) فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة

وكذلك (٢) قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم(٣) فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ماكان بغير اللفظ

= وليس كل عهد عقداً ، بل بعضه كذلك ، وبعضه ليس كذلك .

فبينهما عموم وخصوص مطلق .

(١) أى أي شيء قلنا في العقد ، سواء أكان المراد منه مطلق العهد ام العهد المشدد فلا يختص العقد باللفظ .

(٢) اى وكذلك يمكن أن يستدل على المدعى وهو افادة المعاطاة الملكية اللازمة بقوله صلى الله عليه وآله وسلم .

وكلمة قوله مجرورة عطفاً على المجرور بالباء الجارة في قوله : بعموم هذا عطاف الأدلة التى اقامها الشيخ لاثبات مدعاه : وهو افادة المعاطاة الملكية اللازمة وهو الدليل التاسع .

(٣) كيفية الاستدلال بالحديث الشريف متوقفة على امرين :

(الأول) : أن يكون المراد من الشرط هو مطلق الإلزام والإلتزام بناءً على شموله للعقد .

وكون المراد من الشرط هو مطلق الإلتزام والإلزام مبني على أن هذا المعنى هو المعنى الحقيقي لكلمة الشرط ، لاجل انسباقه الى الأذهان في مجالات استعمال الكلمة .

وهذا في غاية الإشكال ، اذ لاينسبق الى الأذهان المعنى المذكور ، بل المنسبق اليها من الكلمة هو ارتباطها وعلاقتها بشيء آخر وجوداً أو عدماً

(الثاني) : دلالة جملة : المؤمنون عند شروطهم على وجوب الوفاء بالشروط اي يجب على المؤمنين الوفاء بشروطهم ، فيكون مفاد =

والحاصل أن الحكم باللزوم في مطلق الملك (١) ، وفي خصوص البيع (٢) مما لاينكر .

إلا أن الظاهر فيما نحن فيه (٣) قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة

= الحديث مفاد الاية الكريمة : اوفوا بالعقود

فكما أن المراد من وجوب الوفاء الوفاء بمطلق الالزامات والالتزامات كذلك المراد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم هو الوفاء بجميع الإلزامات والإلتزامات الواقعة فيما بينهم : بمعنى أن المؤمنين ثابتون عند شروطهم ، فتكون الجملة هذه جملة انشائية بصورة الجملة الخبرية ، واستفادة وجوب الوفاء من الجملة الخبرية آكد من الجملة الإنشائية .

فدلالة الحديث على وجوب الوفاء بمطلق الإلزامات والإلتزامات ، سواء أكانت بسبب الايجاب والقبول اللفظيين ام بواسطة الأفعال : واضحة لاشبهة فيها ، ولا غبار عليها .

فعلى ضوء ما ذكرنا ظهر لك من مجموع الأدلة أن المعاطاة تفيد الملكية اللازمة .

وأما الحديث فراجع (التهذيب) الجزء ٧ . ص ١٧١ . الحديث ٦٦

(١) اى سواء أكان سبب التمليك الايجاب والقبول اللفظيين ام الفعل.

(٢) بأن كان سبب التمليك خصوص الايجاب والقبول اللفظيين

(٣) وهي المعاطاة المفيدة للملك

من هنا يروم الشيخ هدم مافاده : من افادة المعاطاة الملكية اللازمة المستدل عليها بالأدلة المذكورة التى بلغت تسعة : من الاصل العقلائي والاستصحاب ، والآيات ، والأخبار .　　=

بل ادعاه (١) صريحا بعض الأساطين في شرحه على القواعد .

وتعضده (٢) الشهرة المحققة ، بل لم يوجد به قائل الى زمان بعض متأخري المتأخرين (٣) ، فإن العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله في المقنعة لاتدل على هذا القول (٤) كما عن الخلاف الاعتراف به (٥) فإن المحكي عنه (٦) أنه قال : ينعقد البيع على تراض بين الاثنين (٧)

- فسبحان من تفضل على (شيخنا الانصاري) بهذه الفكرية الجبارة التي تهدم وتبني .

(١) اى ادعى الاجماع القائم على عدم افادة المعاطاة اللزوم (الشيخ كاشف الغطاء) .

(٢) اى وتقوي هذا الاجماع القائم على عدم افادة المعاطاة اللزوم الذي ادعاه (كاشف الغطاء)

(٣) وهو (المحقق الاردبيلي)

(٤) وهي الملكية اللازمة .

(٥) اى بعدم دلالة عبارة شيخنا المفيد على الملكية اللازمة .

(٦) اى عن الشيخ المفيد .

(٧) معنى التراضي بين الاثنين : أن يرضى كل واحد من البايع والمشتري بالبيع والشراء الواقع بينهما : بأن يرضى صاحب السلعة ببيعها لهذا المشتري ، ويرضى المشتري بشرائه السلعة من هذا البايع .

والمراد من التبايع هو بيع كل واحد من البايع والمشتري مالديهما للآخر .

واطلاق التبايع على مجموع البيع والشراء . إما لاجل تغليب جانب البيع على الشراء ، أو لأجل اطلاق البيع على الشراء ايضاً .

فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه (١) جميعاً وتراضيا بالبيع ، وتقابضا (٢) ايضا ، وافترقا (٣) بالأبدان : انتهى (٤) .

ويقوى (٥) ارادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللزوم .

---

(١) المراد من اذا عرفاه : معرفة كل واحد من البايع والمشتري بما عند الآخر بجميع أوصافه : بأن لايكون المبيع مجهولا عند المشتري ولو جزئياً ، ولا الثمن مجهولا عند البايع ولو جزئياً .

ثم إنه بناءً على وجوب معرفة كل واحد من البايع والمشتري بما عند الآخر بجميع أوصافه تكون الفروض المتصورة اربعة :

(الاول) : علم كل واحد من المتبايعين بما عنده .

(الثاني) : عدم علم كل منهما بذلك كله .

(الثالث) : علم المشتّري بذلك كله ، وجهل البايع بذلك كله .

(الرابع) : علم البايع بذلك كله ، وجهل المشتّري بذلك كله .

ثم إن الفرض الثاني والثالث والرابع باطل .

وأما الفرض الاول فصحيح .

(٢) بأن يقبض البايع الثمن من المشتّري ، والمشتري يقبض المبيع من البايع .

(٣) لأن البيعين بالخيار مالم يفترّقا فاذا افترّقا وجب البيع .

(٤) اى مافاده الشيخ المفيد في المقنعة في هذا المقام .

(٥) مقصود الشيخ أن كلام الشيخ المفيد في المقنعة الذي نقلناه عنه هنا لايدل على جواز وقوع العقد بغير اللفظ :

بل غرضه من قوله : وتراضيا أن التّراضي من جملة شروط صحة العقـد .

وكأنه لذلك (١) حكى كاشف الرموز عن المفيد والشيخ رحمهما الله أنه لابد في البيع عندهما من لفظ مخصوص .

وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها (٢) بيعاً

وهو (٣) نص في عدم اللزوم

ولا يقدح (٤) كونه ظاهراً في عدم الملكية الذي لانقول به

وعن جامع المقاصد يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع

نعم (٥) قول العلامة رحمه الله في التذكرة : إن الأشهر عندنا أنه

كما أن بقية القيود المذكورة في قوله : على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له اذا عرفاه جميعاً ، وتقابضا وافترقا بالأبدان : من جملة شروط صحة العقد .

(١) يريد الشيخ أن يؤيد ما أفاده : من أن كلام الشيخ المفيد لايدل على جواز وقوع العقد بغير اللفظ ، بل في مقام ذكر شروط صحة العقد ، اى ولأجل أن الشيخ المفيد ليس في مقام جواز وقوع العقد بغير اللفظ .

(٢) اى المعاطاة . اليك عبارة الغنية المنقولة في ص ٧٨ : واعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء الى آخر مانقله عنه الشيخ هنا .

(٣) اى دعوى الاجماع من صاحب الغنية على عدم كون المعاطاة بيعاً صريح في عدم افادة المعاطاة اللزوم ، لأن نفي البيع مستلزم لنفي اللزوم .

(٤) اى لايضر الاجماع المذكور المدعى من صاحب الغنية الظاهر في عدم افادة المعاطاة الملكية ، لأننا لانعترف بهذا الاجماع .

(٥) هذا تضعيف للاجماع المدعى من قبل صاحب الغنية .

لابد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة ، ولو كان المخالف شاذاً لعبر بالمشهور (١)

وكذلك نسبته (٢) في المختلف الى الأكثر

وفي التحرير الأقوى أن المعاطاة غير لازمة

ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها (٣) مع ذهاب كثيرهم أو اكثرهم الى أنها ليست مملكة وإنما تفيد الاباحة : لم يكن هذا الاتفاق كاشفاً (٤)

---

(١) الفرق بين المشهور والأشهر أن الاول تكون نسبة الخلاف فيه أقل ، والثاني تكون اكثر .

فاذا اردنا القياس بالنسبة المئوية نقول : إن المخالف في المشهور عشرة بالنسبة الى المائة فيكون المخالف ضعيفاً .

واذا قلنا : إن المخالف في الأشهر اربعون بالنسبة الى المائة فيكون المخالف قوياً .

اذا عرفت هذا فاعلم أن المخالف لما كان قوياً عبر العلامة بقوله : الأشهر عندنا ، ولم يقل : المشهور عندنا .

(٢) اى وكذلك الفرق بين الكثير والاكثر كالفرق بين الأشهر والمشهور ، ولذلك نسب العلامة في المختلف القول بوجود الصيغة في البيع الى الاكثر ، حيث تدل هذه النسبة الى وجود مخالف معتد به .

(٣) اى لزوم المعاطاة .

(٤) اي لم يكن هذا الاتفاق كاشفاً عن تحقق الملك ، لأن القول باللزوم فرع القول بالملكية ، والمفروض عدم افادة المعاطاة الملكية ، لأن الملكية لم يقل بها احد سوى المحقق الثاني ، وبعض من تأخر عنه تبعاً له .

ومن الواضح أن نفي الفرع كما يصح من اصله اذا انتفى بنفسه ـ

اذ (١) القول باللزوم فرع الملكية ولم يقل بها الا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له ، وهذا (٢) مما يوهن حصول القطع ، بل الظن من الاتفاق المذكور ، لأن (٣) قول الاكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع .

نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور : أن أصحابنا بين قائل بالملك الجائز ، وبين قائل بعدم الملك راساً (٤) ، فالقول بالملك اللازم قول ثالث (٥)

وكيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عليه السلام (٦) من قول غيره من العلماء .

= كذلك يصح بنفي اصله ويقال له : السالبة بانتفاء الموضوع لأنه بعد القول بعدم افادتها الملكية لامجال في أنها تفيد اللزوم ام لا .

(١) تعليل لعدم كون الاتفاق المذكور كاشفاً عن تحقق الملك .

(٢) اي عدم القول بالملكية إلا عن المحقق وبعض من تأخر عنه تبعاً له من دون أن يقول غيرهم بذلك موجب لحصول الوهن في الانفاق المذكور .

(٣) تعليل لحصول الوهن في حصول القطع ، أو الظن بالاتفاق المذكور .

وقد عرفت التعليل في الهامش ٤ ص ١٩٦ عند قولنا : ومن الواضح أن نفي الفرع .

(٤) بل المعاطاة تفيد الاباحة المجردة .

(٥) ولا يجوز في عرف الفقهاء إحداث قول ثالث .

(٦) لعل وجه التأمل : أنه بعد ثبوت الاتفاق المذكور على عدم افادة المعاطاة اللزوم لا نحتاج لنفي اللزوم التمسك بالاجماع المركب ، لأن نفس الاتفاق على عدم اللزوم كافية في نفي الملك اللازم ، ووافية لدفعه .

كما هو طريق المتأخرين (١) مشكل ، لما (٢) ذكرنا وان كان هذا (٣) لايقدح في الاجماع على طريق القدماء كما تبين في الاصول (٤)

وبالجملة فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق (٥) اللفظ في اللزوم : مااحسنه (٦) وما امتن دليله ان لم ينعقد اجماع على خلافه في غاية (٧) الحسن والمتانة .

---

(١) فإن طريقهم الى دخول المعصوم عليه السلام في المجمعين هو الحدس الحاصل لهم من اتفاق التابعين والوصول به الى قول المتبوع .

(٢) تعليل لوجه الاشكال اى وجه الإشكال ماذكرناه : وهو أن الاتفاق المدعى مختلف فبين قائل بالملكية المتزلزلة ومدع للاتفاق على ذلك وبين قائل بالاباحة المجردة ، فلا يكشف هذا الاتفاق عن تأييد المعصوم عليه السلام لكلا القولين .

(٣) وهي مشكلية تحصيل الاجماع على نحو يستكشف به عن قول الامام عليه السلام على طريق المتأخرين .

(٤) راجع (فرائد الاصول :الرسائل) لشيخنا الأعظم الأنصاري مباحث حجية الظن الخاص المعبر عنه بالظن المعتبر الذي منه الاجماع .

(٥) اى سواء أكان بصيغة مخصوصة ام لا .

(٦) جملة : ما أحسنه وما امتن دليله مقول قول الشهيد الثاني في المسالك اى اعتبار مطلق اللفظ في اللزوم حسن ودليله متين .

(٧) هذه الجملة : في غاية الحسن والمتانة (للشيخ الأنصاري) مرفوعة محلاً خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله : فما ذكره أى فماذكره الشهيد الثاني: من اعتبار مطلق اللفظ في اللزوم حسن ، ودليله متين في غاية الحسن والمتانة

وأما وجه الحسن والمتانة فلعدم وجود اجماع على خلاف هذا القول : وهو اعتبار مطلق اللفظ في اللزوم .

والاجماع (١) وان لم يكن محققاً على وجـه يوجب القطع ، إلا أن المظنون قوياً تحققه على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على إنشاء التمليك سواءً لم يوجد لفظ اصلا ام وجد ولكن لم ينشأ التمليك به ، بل كان (٢) من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض .

وقد يظهر ذلك (٣) من غير واحد من الأخبار (٤)

---

(١) اي الاجماع على خلاف القول باعتبار مطلق اللفظ في اللزوم وان لم يكن ثابتاً محققاً ، لكن المظنون قوياً تحققه على عدم لزوم المعاملة لو لم يكن هناك لفظ يدل على إنشاء التمليك .

وعدم دلالة اللفظ على إنشاء التمليك إما لاجل عدم وجود لفظ اصلاً وابداً .

أولأجل وجوده لكنه لم ينشأ التمليك به كالألفاظ المستعملة من المتبايعين على تعيين الثمن ، فإنها لاتدل على انشاء التمليك ، فلو تبادلا بها لم يقع اللزوم .

(٢) اي اللفظ الموجود المستعمل من الطرفين على تعيين الثمن .

(٣) من هنا يقصد الشيخ أن يأتي بأحاديث تدل على اعتبار مطلق اللفظ في اللزوم مؤيداً لما افاده الشهيد الثاني في المسالك من الاعتبار المذكور .

(٤) راجع (وسائل الشيعة) . الجزء ١٢ . ص ٣٧٦ . الباب ٨ الحديث ٤ في قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام يدل على عدم انعقاد البيع بغير الصيغة ، لإفادة كلمة الحصر وهي إنما على ذلك .

فالبيع الواقع بالأفعال المعبر عنه بالمعاطاة لا يكون معتبراً ، لخلوه عن اللفظ الدال على إنشاء التمليك .

بل يظهر منها (١) أن ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار .

بل يمكن دعوى السيرة (٢) على عدم الإكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد (٣) التراضي .

نعم ربما يكتفون بالمصافقة (٤) فيقول البايع: بارك الله لك ، أوما ادى هذا المعنى بالفارسية (٥)

نعم يكتفون بالتعاطي في المحقرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها ، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين .

نعم الإكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي (٦) غير بعيد ، للسيرة

---

(١) أي من بعض الأحاديث الواردة في المقام .

راجع المصدر نفسه . ص ٣٧٥ .

(٢) اى سيرة المتشرعة

ولا يخفى أنه إن اريد من السيرة سيرة المتشرعة فممنوعة ، حيث نرى بالحس والوجدان أن المتشرعة في البيوع الخطيرة غير ملتزمين بالصيغة .

وإن اريد منها غير المتشرعة فلا تكون هذه السيرة حجة .

(٣) الجار والمجرور متعلق بقوله : الإكتفاء أى عدم الإكتفاء بمجرد التراضي .

(٤) مصدر باب المفاعلة من صافق يصافق معناه ضرب كل من المتبايعين يده على يد الآخر عند البيع : بأن يقول احدهما للآخر : رأيت الخير أو بارك الله لك .

(٥) كأن يقال عند التعامل : خوش باشي ، أو خيرش را ببيني .

(٦) اي بأي لفظ كان .

لغير واحد من الأخبار (١) كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة

بقي الكلام في الخبر الذي يتمسك به في باب المعاطاة .

تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التصرف .

واخرى (٢) على عدم افادتها اللزوم ، جمعاً بينه (٣) وبين مادل على صحة مطلق البيع (٤) كما صنعه في الرياض :

وهو (٥) قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام

وتوضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر . وهو مارواه ثقة الاسلام الكليني (٦) في باب بيع ماليس عنده .

والشيخ (٧) في باب النقد والنسيئة عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج ، أو ابن بحيح .

---

(١) وهي الأحاديث الوادة في المصدر نفسه . ص ٣٧٦

(٢) اى ويتمسك به تارة اخرى .

(٣) اى بين هذا الحديث الذي يتمسك به تارة في باب المعاطاة ويتمسك به تارة اخرى على عدم افادة المعاطاة اللزوم .

(٤) وهو الحديث المستدل به على صحة مطلق البيع ، سواءٌ أكان باللفظ ام بالفعل كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : البيعان بالخيار ما لم يفترقا المشار اليه في ص ١٨٨

(٥) اى هذا الحديث المتمسك به في باب المعاطاة تارة .

واخرى يتمسك به على عدم افادة المعاطاة اللزوم .

(٦) هو (الشيخ الكليني) عطر الله مرقده صاحب (كتاب الوافي) احد الكتب الأربعة في الأحاديث يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب)

(٧) اى وروى الشيخ هذا الحديث .

قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يجيئني ويقول : اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا .

فقال : أليس إن شاء اخذ وإن شاء ترك

قلت : بلى

قال : لابأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام الى آخر الخبر (١)

وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات اخرى مجردة عن قوله عليه السلام : إنما يحلل الى آخر كلامه : كلها تدل على أنه لابأس بهذه المواعدة والمقاولة مالم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه (٢)

ونقول : إن هذه الفقرة (٣) مع قطع النظر عن صدر الرواية (٤) تحتمل وجوهاً (٥)

(الاول) (٦) : أن يراد من الكلام في المقامين (٧)

---

(١) راجع (التهذيب) الجزء ٧. ص ٥٠ . الحديث ٢١٦ / ١٦ باب البيع بالنقد والنسيئة .

(٢) راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ من ص ٣٧٥ - الى ص ٣٧٩ الباب ٨ الاحاديث

(٣) وهو قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

(٤) وهو قوله عليه السلام : اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا أي نحن لسنا الآن في صدد تحليل هذه الرواية من صدرها الى ذيلها ، بل في مقام الاستشهاد بذيل الرواية وهو قوله عليه السلام : إنما يحل الكلام ويحرم الكلام الدال على لزوم اللفظ في المعاوضات .

(٥) وهى أربعة

(٦) اى الوجه الاول من الوجوه الاربعة المحتملة لهذا الحديث

(٧) وهما : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام

اللفظ الدال على التحريم والتحليل : بمعنى أن تحريم شيء وتحليله لا يكون إلا بالنطق بهما (١) فلا (٢) يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام ، ولا (٣) بالقصد المدلول عليه بالأفعال ، دون الأقوال .

---

(١) اي بالتحليل والتحريم اللساني : بأن يجري الوصفان في ضمن اللفظ .

خذ لذلك مثالاً

لو قال شخص : انكحت نفس موكلتي لنفسي على الصداق المعلوم حلت له المرأة الموكلة بجميع معاني الحلية .

ولو قال رجل : زوجتي فلانة طالق وكانت جميع شروط الطلاق فيها موجودة حرمت عليه زوجته وبانت عنه اذا انقضت العدة وتحتاج الى عقد جديد .

فهذان اللفظان وهما : انكحت وطلقت يحلل احدهما وهو انكحت ويحرم الآخر وهو طلقت ، فالتحليل والتحريم يكونان باللفظ لاغير .

فكذلك العقود إنما تحلل باللفظ ، وتحرم بعدم اللفظ .

(٢) الفاء تفريع على ما افاده : من أن تحريم شيء وتحليله لايكونان إلا بالنطق اللساني .

وخلاصة التفريع أن تحليل شيء وتحريمه لايتحقق في الخارج بالقصد المجرد عن اللفظ : بأن يخطر في باله من دون الاتيان باللفظ .

(٣) اى ولا يتحقق تحليل شيء وتحريمه في الخارج بالقصد الدال عليه الفعل كالمعاطاة ، أووضع القناع على رأس المرأة وهو يريد به طلاقها

فالحاصل : أن التحليل والتحريم دائران مدار اللفظ ، فإن وجد اللفظ حلت المعاوضة ، وإلا حرمت -

(الثاني) (١) : أن يراد بالكلام (٢) اللفظ مع مضمونه كما في قولك : هذا الكلام صحيح ، أو فاسد ، لامجرد اللفظ اعني الصوت (٣)

= فالتحليل والتحريم الحاصلان بالقصد المجرد عن اللفظ ، أو القصد الحاصل بواسطة الفعل كالمعاطاة ليس لهما اثر خارجي .

(١) أي الوجه الثاني من الوجوه الأربعة المحتملة في قوله عليه السلام إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

(٢) وهو الواقع في قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام يراد به اللفظ المحتوي على معناه كما في قولك : هذا الكلام صحيح اى باعتبار صحة معناه .

وهذا الكلام فاسد ، اى باعتبار فساد معناه .

وهكذا في قولك : هذا الكلام صدق : أوكذب ، وحق ، أوباطل حيث يراد منه باعتبار مضمونه ومطابقة المضمون للواقع ، وعدم مطابقته له ، وباعتبار أن مضمون الكلام قد أتي على مقتضى الحق ، أو على مقتضى الباطـــل .

ولا يخفى عدم الفرق بين الوجه الاول الذي اريد من الكلام اللفظ الدال على التحليل والتحريم .

وبين الوجـــه الثاني الذي يراد بالكلام مـــع مضمونه ، لأن اللفظ في الوجه الاول هو اللفظ مقيداً بكونه دالاً وهل الدلالة إلا المضمون ؟

وقد عبر الشيخ عن الدلالة بالمضمون في الوجه الثاني .

(٣) وهل من الممكن أن يراد من الكلام الوارد في الرواية المشار اليها في ص ٢٠٢ وفي غير الرواية : اللفظ المجرد ، والحال أن الإفادة مأخوذة في مفهوم الكلام حتى قال ابن مالك في ارجوزته : =

ويكون المراد (١) أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلاً وحرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام .

مثلا المقصود (٢) الواحد وهوالتسليط على البضع مدة معينة (٣) يتأتى بقولها : ملكتك بضعي ، أو سلطتك عليه (٤) ، أو آجرتك نفسي أو احللتها (٥) لك

وبقولها : متعت نفسي بكذا (٦)

فما عدا (٧) الاخير موجب لتحريمه

= كلامنا لفظ مفيد كاستقم واسم وفعل ثم حرف الكلم

(١) أى المراد من الكلام المحلل ، والكلام المحرم الواقع في الرواية هو أن المطلب الواحد كالبيع ، أو الطلاق ، أو النكاح ، أو غيرها من العقود والايقاعات يختلف حكمه الشرعي : من حيث الحلية والحرمة اذ رب مضمون واحد تختلف كيفية ادائه بالكلام .

وقد أتى الشيخ لذلك مثالاً بقوله : فالمقصود الواحد وهو التسليط على البضع فلا نعيده .

(٢) الفاء تفريع على ما افاده الشيخ : من أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي .

وقد ذكر الشيخ التفريع في المتن بالمثال الذي اتى به فلا نكرره .

(٣) كما في عقد المتعة المعبر عنه ب : (الزواج الموقت) .

(٤) اى على بضعي

(٥) أي نفسي

(٦) اى بمبلغ خمسين ديناراً عراقياً بمدة شهر واحد مثلاً .

(٧) وهو قول المرأة : ملكتك بضعي ، أو سلطتك عليه ،أو آجرتك =

والأخير (١) محلل

وعلى هذا المعنى (٢) ورد قوله عليه السلام : إنما يحرم الكلام في عدة من روايات المزارعة .

(منها) (٣) : مافي التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل بزرع ارض رجل آخر فيشترط ثلاثة للبذر ، وثلاثة للبقر .

قال : لاينبغي أن يسمي بذراً ولا بقراً ، ولكن يقول لصاحب الارض : ازرع في ارضك ولك منها كذا وكذا : نصف ، أو ثلث ، أو ماكان من شرط ، ولا يسمي بذراً ولا بقراً ، فإنما يحرم الكلام (٤)

نفسي ، أو احللتها لك بمدة معينة بمبلغ معين ، فإن إنشاء عقد النكاح بهذه الألفاظ موجب لتحريم البضع على الرجل ولا تحل له .

(١) وهو قول المرأة : متعت نفسي بمدة معينة وبمبلغ معين .

(٢) وهو أن مطلباً واحداً يختلف حكمه الشرعي حلاً وحرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام كما عرفت آنفاً عند قول الشيخ : ملكتك بضعي الى آخره .

(٣) اي من بعض تلك الروايات الواردة في أن مطلباً واحداً يختلف حكمه الشرعي حلا وحرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام كما في قول الرجل الذي يزرع ارض رجل آخر : ثلاثة للبذر ، وثلاثة للبقر

(٤) التهذيب الجزء ٧ ص ١٩٤ . الحديث ٣/٨٥٧

فالشاهد في قوله عليه السلام : فإنما يحرم الكلام حيث إن وجود ثلاثة للبذر ، وثلاثة للبقر محرم للعقد ، وعدم ذكر الجملة المذكورة المعبر عنها بالكلام محلل للعقد .

(الثالث) (١) : أن يراد بالكلام في الفقرتين (٢) الكلام الواحد ويكون تحريمه وتحليلــه باعتبار وجوده وعدمه فيكون وجوده محللاً (٣) وعدمه (٤) أو بالعكس (٥) ، أو باعتبار محله ، وغير محله فيحل في محله ويحرم في غيره (٦)

- وقد افاد هـذا المعنى الوارد في الحديث المذكور الشيخ في الوجـه الثالث لتوجيه إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام بقوله : الثالث أن يراد بالكلام .

(١) اي الوجه الثالث من الوجوه المذكورة للكلام الوارد في قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

(٢) وهما : قوله عليه السلام : إنما يحلل ويحرم الكلام .

(٣) اي وجود الكلام محللا كوجود اللفظ في النكاح ، فإنه محلل للمرأة على الرجل في جميع تمتعاته حتى الوطي .

(٤) اي عدم وجود الكلام يكون محرماً كما في النكاح ايضا ، فإنه لو لم يوجـد احـد ألفاظـه : من قول العاقد : انكحت . زوجت . متعت تحرم المرأة على الرجل بجميع تمتعاته منها .

(٥) بأن يكون وجود الكلام محرماً كما في الطلاق ، فإن وجود زوجتي فلانة طالق محرم للمرأة على الرجل .

وكقول الرجل في الزرع : ثلاثة للبذر ، وثلاثة للبقر .

أو يكون عدم الكلام محللاً كما لو لم يقـل : زوجتي طالق ، أو لم يقل : ثلاثة للبذر ، ثلاثة للبقر.

(٦) خذ لذلك مثالاً

اذا استعملت المرأة لفظة ملكت في عقد النكاح فقالت : ملكتك بضعي فقد حرم النكاح ولا يجوز وطؤها ، لعدم استعمال اللفظ في محله -

ويحتمل هذا الوجه (١) الروايات الواردة في المزارعة (٢)

(الرابع) (٣) : أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاولة (٤) والمواعدة (٥)

- واذا استعملتها في البيع فقد حل البيع وملك كل واحد من المتبايعين الثمن والمثمن ، لاستعمال اللفظ في محله .

وهكذا اذا استعملت لفظة انكحت في البيع فقد حرم البيع ولا يملك احدهما الثمن والمثمن ، لعدم استعمال اللفظ في محله .

واذا استعملت في النكاح حل النكاح وجاز وطي المرأة ، لاستعمال اللفظة في محلها .

وهذا معنى قول الشيخ : أو باعتبار محله وغير محله .

(١) وهو الوجه الثالث من الوجوه الاربعة المحتملة لقول الامام عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

(٢) راجع (وسائل الشيعة) . الجزء ١٣ . ص ١٩٩ . الحديث ٤ و ص ٢٠٠ الحديث ٦ ، و ص ٢٠١ . الحديث ١٠ ، فإن هذه الأحاديث الثلاث تدل على أن وجود الكلام في مثل هذه المزارعة بالشروط المذكورة محرم ، وعدم وجوده فيها محلل .

(٣) اى الوجه الرابع من الوجوه الأربعة المحتملة للكلام الوارد في قول الامام عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

(٤) وهو قول الرجل للآخر : اشتر هذا الثوب ، فإن قوله هذا يكون مقاولة بينه وبين المخاطب .

(٥) وهو قول الرجل المقاول للمخاطب : واربحك كذا وكذا ، فإن كذا وكذا كناية عن النقد الذي يعطى له ، فإعطاء الربح الى المخاطب -

ومن الكلام (١) المحرم ايجاب البيع وايقاعه .

- الذي يشتري للقائل يكون مواعدة ، فكلامه اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا يكون محللا لهذا الربح والشراء .

فهذا معنى قوله : الرابع أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاولة والمواعدة .

(١) اي ويراد من الكلام المحرم في قول الامام عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ايجاب البيع وايقاعه .

هذه العبارة لها احتمالان :

(احدهما) : أن المقاول معه والمواعد : معه لو اجرى صيغة البيع مثلا باللفظ : بأن قال للمقاول ، أوالمواعد : بعت ، أوماأدى هذا المعنى بغير هذا اللفظ فقد حرم عليه التصرف في المبيع لو قبله المقاول والمواعد لأن المبيع اصبح ملكاً للمقاول والمواعد وخرج عن ملك المقاول معه والمواعد معه بسبب هذا اللفظ .

وكذلك يحرم على المقاول والمواعد التصرف في الثمن الذي اشترى المبيع من المقاول معه والمواعد معه ، لأن الثمن قد خرج عن ملكه ودخل في ملك المقاول معه والمواعد معه .

فهذا معنى تحريم الكلام

(ثانيهما) : أن المقاول معه والمواعد معه لو اوجب البيع وأوقعه بلفظ البيع مثلاً قبل أن يشتري السلعة من صاحبها ، وقبل أن تكون ملكاً له فقد حرم البيع بهذا اللفظ ولم يملكه المقاول والمواعد .

كما أن المقاول معه والمواعد معه ، لايملك الثمن : لأنه باع ماليس عنده

ثم إن (١) الظاهر عـدم إرادة المعنى الاول ، لأنه مع لزوم (٢) تخصيص الاكثر ، حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل والتحريم في الشريعة في اللفظ : يوجب (٣) عدم ارتباط له في الحكم المذكور في الخبر .

---

(١) من هنـا يريد الشيخ أن يناقش الوجوه المـذكورة ثم يختار منها ماهو الأوفق بمقصود الامام عليه السلام .

فاخذ في الخدشة في الوجـه الاول الذي ذكره بقوله في ص ٢٠٢ : الاول أن يراد من الكلام .

وخلاصة الخدشـة أن التوجيه الاول يرد عليه اشكالان وقد ذكرهما الشيخ في المتن،ونحن نذكرهما عند رقمها الخاص .

(٢) هذا هو الاشكال الاول وخلاصته أن التوجيه الاول لازمـه تخصيص اكثر المعاوضات ، حيث إن التوجيه المذكور يحصر أسباب حلية المعاوضات وتحريمهـا باللفظ : بمعنى أن المعاوضات لو وقعت في الخارج باللفظ صحت ، وإلا بطلت .

ومن الواضح عدم صحة هـذه المقولة ، حيث نرى وقوع اكـثر المعاوضات في الخارج بغير اللفظ ، مع أن كلهـا صحيحة جرت عليها سيرة السلف والخلف منذ بداية الاسلام الى يومنا هذا.

(٣) هذا هو الاشكال الثاني ، وخلاصته : أن التوجيه الاول يوجب عدم ارتباط قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام مع الحكم الذي هو قوله : لابأس في جواب السائل من الامام الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا ؟

لأن الحكم المذكور وهو لابأس انما جاء بعـد تصديق السائل قول الامام عليه السلام : أليس إن شاء اخذ ، وإن شاء ترك ؟ ـ

جواباً عن السؤال ، مع كونه كالتعليل له ، لأن (١) ظاهر الحكم (٢) كما يستفاد من عدة روايات اخر (٣) تخصيص الجواز بما اذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكه ، ولا دخل لاشتراط النطق في التحليل والتحريم في هذا الحكم (٤) اصلا ، فكيف يعلل (٥) به ؟

— وهذا القول له واقع خارجي ، سواءٌ دل عليه اللفظ ام لم يدل فلا ربط لقوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام مع قوله عليه السلام : لابأس ، مع أن قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام كالتعليل للحكم المذكور كما هو الظاهر من الحديث .

(١) تعليل لكون قول الامام عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام بمنزلة التعليل للحكم المذكور وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده .

(٢) وهو لابأس .

(٣) راجع (وسائل الشيعة) . الجزء ١٢ . ص ٣٧٤ . الباب ٧ الحديث ٣ ، وص ٣٧٨ . الحديث ١١ - ١٣ . الباب ٨

فالأحاديث المذكورة كلها تصرح بعدم جواز ايجاب البيع والإلتزام به قبل الشراء

وهذه الأحاديث هي التي اشار اليها الشيخ بقوله كما يستفاد هذا المعنى من عدة روايات .

(٤) وهو قوله عليه السلام : لابأس كما عرفت .

(٥) أى كيف يعلل الحكم المذكور وهو لابأس بقوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام : لعدم ربطه به ، كما عرفت في الهامش ٢ ص ٢١٠ عند قولنا : وخلاصة الخدشة : أن التوجيه الاول .

وكذا (١) المعنى الثاني ، اذ (٢) ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللاً ، وبآخر (٣) محرماً .

فتعين المعنى الثالث : وهو أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لايحرم هذه المعاملة إلا وجوده (٤) قبل شراء العين التي يريدها الرجل لأنه بيع ماليس عنده : لا يحلل إلا عدمه (٥) ، اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة وهو (٦) غير مؤثر .

---

(١) اى وكذا الظاهر عدم ارادة المعنى الثاني : وهو ارادة اللفظ مع مضمونه من قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام .

(٢) تعليل لعدم ارادة المعنى الثاني من قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام .

(٣) اي وبمضمون آخر كما كان هذا المعنى موجوداً في المثال المتقدم في قول الشيخ في ص ٢٠٥ : فالمقصود الواحد وهو التسليط ، حيث إن الغرض الواحد الذي هو التسليط على البضع يحصل بتعابير مختلفة ، لكن بعضها يحلل ، وبعضها يحرم كما عرفت .

(٤) اي وجود الكلام قبل أن يشتري المقاول معه والمواعد معه السلعة من صاحبها : بأن قال للمقاول ، والمواعد : بعتك وهو لايملك شيئاً بعدُ فقد حرم البيع بهذه اللفظة كما عرفت في الهامش ١ ص ٢٠٩

(٥) اى عدم وجود الكلام : بأن لا يوجب البيع المقاول معه والمواعد معه باللفظ .

بل يتواجه المقاول مع المقاول معه صرف التواعد والتقاول ، ومثل هذا لايوجب تحريماً ، لأنه مجرد عن الكلام المحرم .

(٦) اى مثل هذا التواعد غير محرم للبيع كما عرفت آنفاً .

فحاصل الرواية (١) أن سبب التحليل والتحريم في هـذه المعاملة منحصر في الكلام عدماً ووجوداً (٢)

والمعنى الرابع (٣) : وهو أن المقاولة والمراضاة (٤) مـع المشتري الثاني (٥) قبل اشتراء العين محلل للمعاملة ، وايجاب (٦) البيـع معه محرم لها

وعلى كلا المعنيين (٧) يسقط الخـبر (٨) عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل كما هو المقصود في مسألة المعاطاة .

---

(١) وهو قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام .

(٢) فإن أتى باللفظ المقاول معه قبل شراء السلعة واوجب البيع به بأن قال للمقاول : بعتك فقد حرم البيـع ، وان لم يات به ، لكنه تواعد مع المقاول فقد حل البيـع : فالحلية والحرمة دائرتان مدار وجود الكلام وعدمه ، فإن وجد حرم البيـع ، وإن لم يوجد فقد حل البيـع .

(٣) مرفوع محلا عطفاً على قوله : فتعين المعنى الثالث اى فتعين المعنى الرابع .

(٤) أى تكون هذه المقاولة والمراضاة مجردة عن اللفظ .

(٥) وهو المقاول والمواعد الذي يقول للمخاطب : اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا ، فإن المخاطب لو باع الى المقاول واشترى المقاول منه لاصبح المقاول مشترياً ثانياً ، اذ المشتري الاول هو المقاول معه ،والمواعـد معه الذي يشتري من الثالث .

(٦) اي ايجاده في الخارج مع المقاول محرم للمعاملة .

(٧) وهما : المعنى الثالث والرابع المشار اليهما في ص ٢٠٧ - ٢٠٨

(٨) وهو قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام وأما وجه سقوط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في العقود -

نعم (١) يمكن إستظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر بعدماعرفت: من أن المراد بالكلام هو ايجاب البيع : بأن (٢) يقال: إن حصر

- بهذين المعنيين : هو أن المعنى الثالث الذي فسر الشيخ به قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ؛ ويحرم الكلام يراد منه أن الكلام وجوده يكون محللاً ، وعدمه محرماً ، أو بالعكس ، وهذا المعنى خارج عن إطار المعنى الذي نحن بصدده : وهو اعتبار الكلام في العقود ، اذ المقصود الاستدلال بقوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام على اعتبار الكلام في العقود حتى يصح أن يقال ببطلان المعاملة الواقعة بالأفعال .

ومن الواضح أن المعنى الثالث لايتوافق مع المراد هذا .

وكذا المعنى الرابع يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في العقود اذ معنى الرابع أن المعاملة والمراضاة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلل للمعاملة،وايجاب البيع مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محرم للمعاملة .

وهذا المعنى لايتوافق والذي نحن بصدده وهو اعتبار الكلام في العقود اللازم منه خروج المعاطاة ، اذ أي ربط بين كون المعاملة والمراضاة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلل للمعاملة ، وايجاب البيع معه محرم لها.

وبين كون الكلام معتبرا في العقود .

فالحاصل أن الخبر المذكور وهو إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام بالمعنى الثالث والرابع يسقط عن الاستدلال به على اعتبار الكلام في العقود حتى يقال بخروج المعاطاة .

(١) استدراك عما افاده : من عدم دلالة الخبر المذكور على المدعى : وهو اعتبار الكلام في العقود اللازم منه خروج المعاطاة .

(٢) الباء بيان لكيفية الاستدراك المذكور ، -

المحلل والمحرم في الكلام لايتأتى إلا مع انحصار ايجاب البيع في الكلام إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم في الكلام .

إلا (١) أن يقال : إن وجه انحصار ايجاب البيع في الكلام في مورد الرواية : هو علم امكان المعاطاة في خصوص المورد ، اذ المفروض أن المبيع عند مالكه الاول . فتأمل (٢)

- وخلاصته : أنه يمكن استظهار اعتبار الكلام في العقود بنحو آخر وهو أن حصر المحلل والمحرم في الكلام بكلمة إنما الحصرية في قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام لايمكن حصوله إلاعلى القول بانحصار ايجاب البيع وايجاده في الخارج بالكلام ، لأنه لو وقع ايجاب البيع بالأفعال لما كان وجه للحصر المذكور .

(١) استثناء عما افاده : من امكان القول باعتبار الكلام في العقود

وخلاصته : أن وجه انحصار ايجاب البيع بالكلام في مورد الرواية هو علم مجيء المعاطاة في مورد هذه الرواية ، لأن المال بعدُ عند مالكه ولم يُشترَ حتى يمكن تحقق ايجاب البيع بالمعاطاة ، لأن مفهوم المعاطاة هو الإعطاء من الطرفين ، فلا يمكن ايجاب البيع به قبل الشراء .

وهذا هو السبب في وجه انحصار ايجاب البيع بالكلام .

(٢) وجه التأمل أنه كما يمكن ايجاب البيع قبل الشراء باللفظ .

كذلك يمكن ايجابه قبل الشراء بالمعاطاة .

فما افاده القيل : من علم امكان مجيء المعاطاة في مورد الرواية المذكورة ممنوع . لإمكان مجيئه في المعاطاة ، للاكتفاء فيه بطرف واحد ، وعدم الاحتياج الى طرفين .

وكيف كان فلا تخلو الرواية (١) عن إشعار ، أو ظهور كما يُشعر به (٢) قوله عليه السلام في رواية اخرى واردة في هذاالحكم (٣) ايضاً وهي رواية يحيى بن الحجاج قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل قال لي : اشتر هذا الثوب ، أوهذهالدابة وبعنيها اربحك فيها كذا وكذا

قال : لابأس بذلك اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها (٤)

فإن (٥) الظاهر أن المراد من مواجبة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري (٦)

ويُشعر به (٧) ايضا رواية العلاء الواردة في نسبة الربح الى اصل المال

---

(١) وهو قوله عليه السلام : إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام فإن هذه الرواية انلم تدل على اعتبار الكلام في العقود فيلزمه خروج المعاطاة بنحو الموجبة الكلية فلا اقل من أنها تشعر على مدخلية الكلام في الحلية والحرمة بنحو الموجبة الجزئية .

(٢) اى بهذا الإشعار على نحو الموجبة الجزئية .

(٣) وهو بيع ماليس عنده .

(٤) (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ . ص ٣٧٨ . الباب ٨ من أبواب أحكام العقود . الحديث ١٣ .

(٥) تعليل للإشعار المذكور وقد ذكره الشيخ في المتن فلا نعيده .

(٦) بل اذا كان مشتملاً على الصيغة وهو الايجاب والقبول اللفظيين .

(٧) اى بكون الكلام له مدخلية في الحلية والحرمة .

قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول : أبيعك بده دوازده ، أوده يازده

فقال : لابأس إنما هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة (١)

فإن ظاهره (٢) على ما فهمه بعض الشراح : أنه لايكره ذلك (٣) في المقاولة التي قبل العقد وإنما يكره حين العقد .

---

(١) المصدر نفسه . ص ٣٨٦ . الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود الحديث ٥ .

والمراد من المراوضة المراوضة في قوله عليه السلام : إنما هذه المراوضة فهو مصدر باب المفاعلة من راوض يراوض .

والمراد من جَمع البيع في قوله عليه السلام : فاذا جمع البيع :هو الشراء من المالك الاول ، ثم يبيعه المستدعي .

والمراد من جملة واحدة في قوله عليه السلام : جعله جملة واحدة هي احدى الجملتين وهما : ده يازده . ده دوازده المذكورتين في رواية العلاء

والمعنى أن البايع بعد الشراء من المالك الاول عندما يريد أن يبيع للمستدعي لابد أن يقول باحدى الجملتين على التعيين : بأن يقول : بعتك بده يازده فقط ، أو يقول : بعتك بده دوازده فقط ، لا أنه يبيع بنحو الترديد : بأن يقول عند البيع : بعتك بده دوازده ، أوبده يازده ، فإنه لو جمع بينهما يكون السعر وهو الثمن مجهولاً لايعلم اي السعرين اراده .

وقد عرفت أن من شرائط صحة البيع هو العلم بالعوض والمعوض

(٢) اى ظاهر حديث العلاء .

(٣) اى أن نسبة الربح الى راس المال : بأن يقول المستدعي : اربحك في كل عشرة دنانير ديناراً واحداً ، أو دينارين مثلاً .

وهذا القول من المستدعي لابد أن يكون حين المقاولة ، وقبل ايجاب البيع

وفي صحيحة ابن سنان : لابأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه (١) ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجبه على نفسك (٢) ثم تبيعه (٣) منه بعده (٤) .

(وينبغي التنبيه على امور) :

(الأول) : الظاهر (٥) أن المعاطاة قبل اللزوم (٦) على القول بافادتها الملك بيع .

بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد أنه مما لاكلام فيه (٧) حتى عند القائلين بكونها فاسدة (٨) كالعلامة في النهاية .

---

(١) تقييد الامام عليه السلام بهذا حتى لايظن المخاطب أنه يجوز ايجاب البيع وايجاده في الخارج قبل الشراء .

(٢) اي تشتريه لنفسك من البايع الاول .

(٣) اي من المستدعي بعد أن اشتريت المتاع من البايع الاول .

(٤) (التهذيب) الجزء ٧ . ص ٤٩ . الباب ٤ من باب البيع بالنقد والنسيئة . الحديث ١٢ .

(٥) أي الظاهر من القائلين بافادة المعاطاة الملك ، سواء أكان لازماً كما افاده شيخنا المفيد أم متزلزلاً كما افاده المحقق الكركي .

ويحتمل أن يراد من الظاهر : الراجح .

(٦) اى قبل تلف احدى العينين ، اذ بتلف احداهما يكون لازماً .

(٧) اي في كون المعاطاة بيعاً .

(٨) وجه الفساد : أن هؤلاء يشترطون في البيع الايجاب والقبول اللفظيين .

ودل على ذلك(١) تمسكهم له (٢) بقوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (٣)

وأما على القول بافادتها (٤) الاباحة فالظاهر أنها بيع عرفي (٥) لم تؤثر شرعاً إلا الاباحة .

فنفي (٦) البيع عنها في كلامهم ومعاقد اجماعاتهم هو نفي البيع المفيد شرعاً اللزوم زيادة (٧) على الملك .

= ومن الواضح خلو المعاطاة عن ذلك ، لأنه ينشأ بالفعل ، فيكون فاسداً ، لكنهم لاينكرون بيعيته ، بل يقولون : إنه بيع فاسد .

(١) اي على أن المعاطاة بيع قبل اللزوم ، بناءً على افادتها الملكية سواءً أكانت لازمة ام متزلزلة .

(٢) اي لكون المعاطاة بيعاً .

(٣) وقد مر وجه التمسك بذلك في ص١٠٦ في الهامش ١ فراجع .

(٤) اى المعاطاة .

(٥) اي لاشرعي ، لأن البيع الشرعي هو المفيد للملك واللزوم والمعاطاة بناءً على افادتها الاباحة المجردة عن الملك لايفيد اللزوم ، لأن اللزوم فرع الملكية واذا لم يكن هناك ملك كيف يأتي اللزوم ؟

(٦) الفاء تفريع على ما افاده : من أن المعاطاة بناءً على افادتها الاباحة بيع عرفي ، لاشرعي ، اي فعلى ضوء ما ذكرنا يراد من نفي البيع عن المعاطاة في كلمات الفقهاء ، ومعاقد اجماعاتهم نفي البيع اللازم الذي هو الاثر الشرعي ، لانفي البيع اصلا حتى البيع العرفي .

(٧) هذا من متممات التفريع المذكور اي يكون نفي البيع المراد منه نفي اللزوم بعد الفراغ عن نفي اصل الملك ، وإلا لامعنى لنفي اللزوم والقول بأن المعاطاة تفيد الملك كما عرفت ذلك عند قولنا : واذا لم يكن هناك ملك .

هذا (١) على ما اخترناه سابقاً : من أن مقصود المتعاطين في المعاطاة التمليك والبيع .

وأما على ما احتمله بعضهم ، بل استظهره : من أن محل الكلام هو ما اذا قصدا مجرد الاباحة (٢) فلا اشكال في عدم كونها بيعا عرفاً ولا شرعاً .

وعلى هذا (٣) فلابد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع

---

(١) اي الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم بيع على القول بافادتها الملك،بناء على مختارنا السابق : من أن محل النزاع في المعاطاة هي المعاطاة المفيدة للملك ، لا المفيدة للاباحة .

راجع ص ٧١ عند قوله : ولا بد أولا من ملاحظة أن النزاع الى أن يقول : الظاهر عند الخاصة والعامة هو الثاني .

(٢) كما افادها صاحب الجواهر .

(٣) اى وعلى استظهار صاحب الجواهر .

خلاصة ما افاده الشيخ في مقام استظهار صاحب الجواهر : أنه بناءً على افادة المعاطاة الاباحة المجردة العارية عن الملك فلو شككنا عند الشك في اعتبار شرط في المعاطاة بالاضافة الى الشروط المعتبرة فيها لابد من الرجوع الى الادلة الدالة على صحة مثل هذه الاباحة المعوضة : من عموم ، أوخصوص

فإن كانت تلك الأدلة الدالة على صحة هذه الاباحة عامة مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم : إن الناس مسلطون على أموالهم : حيث إنه المناسبَ للقول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة : كان مقتضى هذه القاعدة العامة نفي اعتبار أي شرط زائد على الشروط المعتبرة في المعاطاة .

وإن كانت تلك الأدلة خاصة مثل قوله تعالى : أوفوا بالعقود ـ

الى الأدلة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضيـــة : من (١) خصوص أو عموم .

وحيث إن المناسب لهذا القول (٢) التمسك في مشروعيته (٣) بعموم إن الناس مسلطون على أموالهم : كان مقتضى القاعدة (٤) هو نفي شرطية غير ماثبتت شرطيته .

كما أنه لو تمسك لها بالسيرة (٥)

- كان مقتضى هذه القاعدة الاتيان بكل شرط شك في اعتباره بالاضافة الى الشروط المعتبرة في المعاطاة .

(١) من بيان لكيفية تلك الأدلة الدالة على صحة هذه الاباحة .

اي تلك الأدلة ، سواءً أكانت عامة ام خاصة كما عرفت .

(٢) وهو أن المعاطاة تفيــد الاباحـة المجردة كما افادها صاحب الجواهر .

(٣) اي مشروعية المعاطاة ؛ والتذكير باعتبار كونه مصدراً .

(٤) وهو عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : إن الناس مسلطون على أموالهم .

راجع حول الحديث (بحار الأنوار) الطبعة الحديثة . الجزء٢ . ص ٢٧٢ من كتاب العلم . الحديث ٧

(٥) اى لو تمسك في مشروعية المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة بسيرة المتشرعة كان مقتضى قاعدة التمسك بها العكس اى عكس التمسك بقاعدة الناس مسلطون على أموالهم ، فإنه حينئذ يجب الاتيان بشرطية كل شيء شك في شرطيته ، ويجب الاتيان بجزئية كل شيء شك في جزئيته،حيث إن التمسك بالسيرة لايصح إلا بمقدار القدر المتيقن منها ، والقـدر المتيقن منها -

كان مقتضى القاعدة (١) العكس .

والحاصل أن المرجع على هذا (٢) عند الشك في شروطها (٣) هي أدلة هذه المعاملة ، سواءً اعتبرت في البيع أم لا .

وأما على المختار : من أن الكلام فيما اذا قصد به البيع (٤) ، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا (٥) أم لا كذلك (٦)

- هو المشتمل على جميع الشرائط المعتبرة في البيع : من شرائط العوضين والمتعاقدين معاً .

وأما غير هذه الشروط المعتبرة من الشروط المشكوكة فاللازم اتيانها لعدم عموم في السيرة حتى يتمسك بها ، لأنها دليل لبي لا اطلاق لها ولا عموم حتى يؤخذ بعمومها ، أو اطلاقها .

هذا اذا كان التمسك لصحة المعاطاة احد الدليلين المذكورين .

وأما اذا كان التمسك لصحتها كلا الدليلين المذكورين فلا محالة من تقديم دليل الناس مسلطون على أموالهم على السيرة ، لحكومته عليها.

(١) وهي السيرة اى مقتضى السيرة الاتيان بشرطية كل شيء أوجزئيته اذا شك فيه ، وهذا عكس دليل الناس ، حيث كان هناك عدم الاتيان بالمشكوك .

(٢) اي على القول بالاباحة المجردة .

(٣) اي في شروط المعاطاة الزائدة على الشروط المعتبرة فيها .

(٤) اي قصد بالمعاطاة التمليك كما افاده الشيخ قدس سره في ص ٧١ بقوله : ولابد أولا من ملاحظة محل النزاع .

(٥) اي سواءً افادت المعاطاة الملكية ام الاباحة .

(٦) اي لانشترط فيه شروط البيع مطلقا ، سواءً افاد المعاطاة الملكية ام الاباحة .

أم تبنى (١) على القول بافادتها اللملك ، والقول (٢) بعـدم افادتها الا الاباحة ؟

وجوه (٣)

---

(١) اي اعتبار شروط البيع في المعاطاة مبني على القول بافادتها الملكية .

وعدم اعتبارها فيها مبني على القول بافادتها الاباحة المجردة .

فإن قلنا بالاول قلنا بالاعتبار ، لأن مؤداها مؤدى البيع وان افادت الملكية المتزلزلة .

وان قلنا بالثاني قلنا بعدم الاعتبار لعدم افادة المعاطاة الملكية ، حتى تعتبر فيها الشروط ، والشروط إنمـا تعتبر لنقل الملك الى الغير ، والمفروض عدم افادة المعاطاة الملك حتى يوجب النقل الى آخر .

(٢) بالجر عطفاً على قوله : على القول اى ام يبتنى عدم اعتبار الشروط على القول بافادة المعطاة الاباحة .

(٣) اي أقوال ثلاثة اشار اليها الشيخ بالاجمال اليك تفصيلها .

(الاول) : اعتبار شروط البيع بتمامها في المعاطاة سوى الصيغة مطلقا ، سواء افادت الملكية ام الاباحة .

وقداشار الشيخ اليه في ص٢٢٢ بقوله : فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا

(الثاني) : عدم اعتبار الشروط فيه مطلقا ، سواء افادة الملكيـة ام الاباحة .

وقد اشار الشيخ اليه في ص ٢٢٢ بقوله : ام لا كذلك .

(الثالث) : اعتبارها فيه إن افادت المعاطاة الملكية .

واليه اشار الشيخ بقوله : ام يبتنى على القول بافادتها الملك . -

يشهد للاول (١): كونها (٢) بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع مادل على اشتراطه في البيع .

ويؤيده (٣)

= وعدم اعتبارها فيه إن افاد المعاطاة الاباحة

واليه اشار الشيخ في ص ٢٢٣ بقوله : والقول بعدم افادتها إلاالاباحة .

(١) اي للقول الاول

هذا دليل للقول الاول : وهو اعتبار جميع شرائط البيع في المعاطاة عدا الصيغة .

وخلاصته أن العرف يرى المعاطاة بيعاً ، لأنه يتعامل معه تعامل البيع في التمليك والتملك ، فإن كل واحد من المتعاطيين حينما يعطي سلعته للآخر يقصد تمليكها له ، والآخر يتملكها بهذا التمليك .

وكذا الآخر عندما يعطي سلعته لصاحبه يقصد تمليكها له ، وصاحبه يقصد تملكها بهذا التمليك .

فاذا ثبتت بيعيته عرفاً يأتي فيه جميع مايعتبر في البيع شرعاً : من شروط المتعاقدين والعوضين عدا الصيغة ، فيكون بيعاً كامل العيار والميزان من جميع جهات البيع ، سوى الصيغة .

(٢) مرفوعة محلا فاعل لكلمة يشهد وقد عرفت الاستشهاد بقولنا : وخلاصته أن العرف .

(٣) أي ويؤيد هذا الاستشهاد .

وخلاصته أنه وقع النزاع بين الشيعة أنفسهم، والسنة أنفسهم في اعتبار الصيغة في البيع ، وعدم اعتبارها فيه ، ولم يقع النزاع من الطرفين في اعتبار بقية الشرائط بتمامها فيه . =

أن (١) محل النزاع بين العامة والخاصة في المعاطاة هو أن الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشروط ام لا ؟

كما يفصح عنه (٢) عنوان المسألة في كتب كثير من العامة والخاصة فما انتفي (٣) فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان (٤)

= فإن قيل باعتبار الصيغة في البيع لم تكن المعاطاة صحيحة ، وإن قلنا بعدم اعتبارها فيه وقعت صحيحة .

فمن هذا الاتفاق في بقية الشرائط نستكشف أن بقية الشرائط معتبرة في المعاطاة ايضاً عدا الصيغة .

(١) جملة أن محل النزاع مرفوعة محلاً فاعل لكلمة ويؤيده .

وهذه الجملة وجه التأييد وقد عرفته عند قولنا في ص٢٢٤ : وخلاصته .

(٢) أي كما يظهر عن هذا النزاع والاتفاق عنوان مسألة البيع في الكتب الفقهية للطرفين ، فإنه لو تصفحت كتب الفريقين لوجدت أنهم لم يختلفوا في اعتبار بقية شرائط البيع ، لكنهم اختلفوا في اعتبار الصيغة وعدم اعتبارها فيه .

(٣) الفاء تفريع على ما افاده : من اعتبار جميع شروط البيع في المعاطاة عدا الصيغة .

وخلاصته : أن بعد القول بهذا الاعتبار فلو انتفي شرط من شروط البيع ،عدا الصيغة في المعاطاة كشرائط العوضين ، أو المتعاقدين يكون هذا المعاطاة خارجاً عن عنوان الفقهاء ، حيث إنهم بعد ذكرهم لها عقيب البيع واعتبار شرائطه فيه يعتبرون تلك الشروط عدا الصيغة فيها فلا يصح خلوها من غير الصيغة .

(٤) اي عن عنوان الفقهاء ، حيث إنهم يعتبرون في المعاطاة كل مايعتبرون في البيع عدا الصيغة كما عرفت آنفاً .

وإن فرض (١) مشاركاً له في الحكم ، ولذا (٢) إدّعى في الحدائق أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة اذا استكمل فيها شروط البيع غير الصيغة المخصوصة (٣) ، وأنها تفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار اليه من العوض (٤)

ومقابل المشهور في كلامه (٥) قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد (٦) المعاطاة كما صرح (٧) به بعد ذلك ، فلا (٨) ، يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شروط البيع .

---

(١) أي وإن فرضنا مشاركة هذه المعاطاة الفاقدة لشرط آخر غير الصيغة مع البيع في الحكم : وهو الضمان مثلاً لو تلف .

لكن مع ذلك كله هذا المعاطاة خارج عن عنوان الفقهاء كما علمت آنفاً وجه خروجه عنه عند قولنا في ص ٢٢٥ : حيث إنهم يعتبرون .

(٢) أى ولاجل أن الفقهاء يعتبرون في المعاطاة كل مايعتبرون في البيع عدا الصيغة المخصوصة .

(٣) وهو الايجاب والقبول اللفظيين .

(٤) وهو الثمن والمثمن .

(٥) اى في كلام (صاحب الحدائق) .

(٦) هذا مقول قول العلامة اى فساد المعاطاة الذي هو قول العلامة مقابل قول المشهور : وهي صحة المعاطاة .

(٧) اى كما صرح صاحب الحدائق بكلام العلامة القائل بفساد المعاطاة الفاقدة للصيغة بعد كلامه هذا : وهو أن المشهور قائلون بصحة المعاطاة الفاقدة للصيغة المخصوصة .

(٨) الفاء تفريع على ما افاده : من أن صاحب الحدائق من القائلين -

ويشهد للثاني (١) أن البيع في النص (٢) والفتوى (٣) ظاهر فيما حُكم به باللزوم ، وثبت له الخيار في قولهم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، ونحوه (٤) أما (٥) على القول بالاباحة فواضح ، لأن المعاطاة ليست على هذا القول

ـ بصحة المعاطاة الفاقدة للصيغة الخاصة اذا كانت مشتملة على جميع شرائط البيع .

وخلاصته أن كلام صاحب الحدائق لا يكون موهماً بوجود الخلاف في اعتبار جميع شرائط البيع في المعاطاة بعد ذكر كلام العلامة القائل بفساد المعاطاة الفاقدة للصيغة الخاصة .

(١) أي القول الثاني : وهو عدم اعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقا ، سواءً افادت الملكية أم لا .

(٢) راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ . ص ٣٤٦ . الباب ١ . من أبواب الخيار . الحديث ٤

(٣) أى فتاوى العلماء في البيع .

راجع الكتب الفقهية تجد فتاواهم في المعاطاة .

(٤) كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم كما لو جعل الخيار من حين العقد الى مدة معلومة ، وكما في خيار الحيوان في مدة ثلاثة أيام .

(٥) من هنا يريد الشيخ أن يثبت أن المعاطاة على القول الثاني خارجة عن البيع فلا يشملها جميع شروط البيع المعتبرة فيه .

اى فعلى ضوء ما افاده القائل بأن المعاطاة تفيد الاباحة المجردة عن الملك فواضح خروجها عن البيع ، لأن البيع شرعاً ما حكم فيه باللزوم أى ـ

بيعاً في نظر الشارع والمتشرعة ، اذ لانقل فيه (١) عنـد الشارع ، فاذا ثبت اطلاق الشارع عليه (٢) في مقام فنحمله على الجري على ماهو بيع باعتقاد العرف ، لاشتماله على النقل في نظرهم .

وقد تقدم سابقاً (٣) في تصحيح دعوى الاجماع على عـدم كون المعاطاة بيعاً :بيان ذلك .

ـ يتصرف كل من المتعاملين أيّ تصرف اراد .

ومن الواضح أن المعاطاة على هـذا القول ليس بيعاً عنـد الشارع ولا عند المتشرعة حتى يفيـد اللزوم ، لعـدم وجود نقل في المعاطاة لامن ناحية الثمن ، ولا من ناحية المثمن في نظرهما .

فمن أين يأتي فيه البيع ؟

(١) اى في المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة .

(٢) أى على مثل هـذه المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة في مورد من موارد خطاباته كان متمشيا مع العرف ، حيث إنهم يرونها بيعاً يفيـد نقل الثمن والمثمن ، والتمليك والتملك .

(٣) في ص ١٠٧ عند قوله : وأما دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً .

يقصد الشيخ بكلامه هـذا تأييد ما افاده : من أنه اذا ثبت اطلاق الشارع البيع عليه في مقام فنحمله على الجري على ماهو بيع باعتقاد العرف .

خلاصته أنه عرفت هناك أن دعوى الاجماع على نفي بيعية المعاطاة إنما هو نفي بيعيتها شرعاً ، لاعرفاً ، اذ لاشك في أنها في العرف بيع يترتب عليها الاثر الذي هو النقل والانتقال .

فهنا اذا اطلق الشارع على المعاطاة البيع فإنما اطلقه متمشياً مع العرف =

وأما على القول بالملك (١) فلأن المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم : البيعان بالخيار ، وقولهم : إن الاصل في البيع اللزوم والخيار إنما ثبت لدليل ، وأن البيع بقول مطلق من العقود اللازمة .

= لأنهم يرونها بيعاً ، ويرتبون عليها الاثر ، أما في نظر الشارع فليس ببيع كما عرفت .

(١) هذا وجه لخروج المعاطاة المفيدة للملك عن اطار البيع .

وخلاصته أن المطلق بما هو مطلق ، وفي جميع مجالاته ينصرف الى الفرد الغالب .

وفيما نحن فيه وهو البيع قد وردت فيه مطلقات لابد من إنصرافها الى الفرد الغالب ، جرياً على ماذكرنا : من أن المطلق بما هو مطلق ينصرف الى الفرد الغالب .

اليك المطلقات الواردة في البيع :

قوله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار مالم يفترقا .

وقول الفقهاء : إن الاصل في البيع اللزوم .

وقول الفقهاء ايضاً : إن البيع من العقود اللازمة .

وقول الفقهاء ايضاً : البيع هو العقد الدال على كذا .

وقولهم ايضا : الخيار إنما ثبت بدليل .

ففي هذه الجمل ترى كلمة البيعان ؛ البيع ، الخيار مطلقة غير مقيدة بشيء فتنصرف الى الفردالغالب : وهو البيع المحكوم باللزوم .

أما المعاطاة المفيدة للملك فخارجة عن إطار البيع ، اذ الملكية فيها متزلزلة وليست بلازمة .

وقولهم : البيع هو العقد الدال على كذا ، ونحو ذلك (١)

وبالجملة فلا يبقى للمتأمل شك في أن اطلاق البيع في النص (٢) والفتوى يراد به مالايجوز فسخه الا بفسخ عقده بخيار (٣) أوبتقايل (٤)

ووجه الثالث (٥) ماتقدم للثاني على القول بالاباحة : من سلب البيع عنه ، وللاول (٦) على القول بالملك : من صدق البيع عليه حينئذ (٧) وإن لم يكن لازماً .

---

(١) كالإقالة عندما يقيل كل واحد من المتبايعين صاحبه . فهي مطلقة لاتقييد فيها فتنصرف الى الفرد الغالب :وهو البيع المحكوم باللزوم فلا تشمل المعاطاة المفيدة للملك ، لخروجها عن اطاره ، لأنها تفيد الملكية المتزلزلة .

(٢) كما عرفت في ص ٢٢٩

(٣) سواءً أ كان ذاتياً كخيار الحيوان والعيب والغبن ، وخيار الرؤية ، وتأخير الثمن ، ام بجعل من المتبايعين كما لو جعلا الخيار لهما أو لأحدهما .

(٤) كما عرفت آنفاً بقولنا : كالإقالة .

(٥) اي ودليل القول الثالث : وهو عدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة لو أفادت الاباحة المجردة : ماقلناه في دليل القول الثاني : وهو سلب البيع شرعاً عن مثل هذه المعاطاة المفيدة للاباحةالمجردة .

(٦) اى ودليل القول الثالث وهو اعتبار شروط البيع في المعاطاة لو افادت الملكية : ماقلناه في دليل القول الاول : وهو صدق البيع على مثل هذه المعاطاة المفيدة للملك وإن لم يكن الملك لازماً فهي من مصاديق البيع وأفراده فيعتبر فيها كل مايعتبر في البيع .

(٧) اي حين أن افادت المعاطاة الملكية كما عرفت آنفاً .

ويمكن الفرق (١) بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص فيحمل (٢) على العرفي وان لم يفد عند الشارع إلا الاباحة .

وبين (٣) ماثبت بالاجماع على اعتباره في البيع ، بناءً على إنصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم .

---

(١) أي الفرق بين الشروط المعتبرة في البيع .

في الواقع هذا قول رابع في مقابل الأقوال الثلاثة المذكورة .

وحاصل الفرق أنه اذا كانت الشروط المعتبرة في البيع ثابتة بالنص كالبلوغ والعقل والاختيار ، ومعلومية الثمن والمثمن فتعتبر في المعاطاة ، لأنه احد أفراد البيع ومصاديقه ، لكن البيع فيه يحمل على البيع العرفي الذي يترتب الاثر عليه ، وإن لم يفد عند الشارع إلا الاباحة .

وإن كانت الشروط المعتبرة في البيع ثابتة بالاجماع فلا تعتبر في المعاطاة ، لأن البيع في كلمات المجمعين منصرف الى العقد اللازم .

ومن الواضح أن المعاطاة على فرض إفادتها الملكية فالملكية المتزلزلة مرادة منها فتكون خارجة عن إطار البيع .

(٢) أي البيع في القسم الاول : وهو ما اذا كانت الشروظ المعتبرة في البيع ثابتة بالنص كما عرفت آنفاً عند قولنا : وحاصل الفرق أنه

(٣) اى ويمكن الفرق بين الشروط

هذا هو القسم الثاني : وهو ما اذا كانت الشروط المعتبرة في البيع ثابتة بالاجماع كما عرفت آنفاً عند قولنا : وإن كانت الشروط المعتبرة في البيع ثابته بالاجماع .

والاحتمال (١) الاول لايخلو عن قوة ، لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد .

وأما على القول بالاباحة فلأنها لم تثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا يشمل الفاقدة للشرط الآخر ايضاً .

ثم إنه حُكي عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد أنه بعد مامنع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة ، وثمن الهدي إلا بعد تلف العين يعني العين الاخرى : ذكر أنه يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين ، لأنها ليست عقداً .

وكذا جهالة الاجل ، وأنه لواشتريت امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى (٢)

وحُكي عنه في باب الصرف ايضاً أنه لايعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين (٣)

---

(١) من هنا يروم الشيخ إبداء رايه حول الأقوال الاربعة المذكورة في المعاطاة ، بناءً على مختاره : من أن الكلام فيماإذا قصد بهاالبيع كما عرفت ذلك في ص ٢٢٢ عند قوله : وأما على المختار .

والمراد من الاحتمال الاول هو اعتبار شروط البيع في المعاطاة مطلقا سواءً افادت التمليك ام الاباحة .

(٢) اى ما افاده الشهيد الاول في شرحه على القواعد .

وخلاصته أن المعاطاة لو خلت عن شرط آخر من شروط البيع غير الصيغة المخصوصة كجهالة الثمن ، أو المثمن ، أو معلومية الاجل تقع صحيحة ، وأنها بحكم المعاطاة الواجدة لشروط البيع سوى الصيغة المخصوصة

(٣) مع أن التقابض في المجلس في بيع النقدين من شروط صحة البيع .

اقول (١) : حكمه قدس سره بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة (٢) ، وعدم جواز نكاح الماخوذ بها (٣) صريح في عدم افادتها (٤) للملك ، إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع (٥) ، والصرف (٦) ، معللاً بأن المعاطاة ليست عقداً يحتمل (٧) أن يكون باعتبار عدم الملك ، حيث إن المفيد للملك منحصر في العقد ، وأن (٨) يكون باعتبار عدم اللزوم ، حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم (٩)

---

(١) من هنا يروم الشيخ أن يوجه ما افاده الشهيد الاول : من عدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف بتعليل أن المعاطاة ليست عقداً وقد ذكر الشيخ التوجيه بقوله : ويحتمل فلا نعيده .

(٢) كالزكوات بقسميها : المالية والبدنية .

(٣) اى بالمعاطاة .

(٤) اى المعاطاة .

(٥) كمعلومية الثمن : أو المثمن ، فإنها لاتكون معتبرة في المعاطاة .

(٦) وهو التقابض في المجلس ، فإنه لايكون معتبراً في المعاطاة .

(٧) هذا توجيه الشيخ لكلام الشهيد الاول .

(٨) هذا توجيه ثان من الشيخ لكلام الشهيد الاول فيما افاده : من عدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة بتعليل أنها ليست عقداً ، اى ويحتمل أن يكون عدم اعتبار الشروط .

(٩) ومن الواضح أن المعاطاة الفاقدة لبعض الشروط غير الصيغة لاتكون من العقود اللازمة .

والأقوى (١) اعتبارها وإن قلنا بالاباحة ، لأنها بيع عرفي وإن لم يفد شرعاً إلا الاباحة .

ومورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لاخصوص العقدي ، بل تقييدها (٢) بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب (٣)

ولما (٤) عرفت من أن الاصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك

---

(١) هذا رأي الشيخ في المسألة ، اي الأقوى اعتبار شروط البيع عدا الصيغة في المعاطاة .

(٢) أي تقييد تلك الشروط واختصاصها .

(٣) اذ الغالب في البيع هو البيع العرفي ، لا البيع الشرعي .

(٤) لم اعثر على هذا الاصل الذي افاده الشيخ قدس سره من بداية المعاطاة في قوله في ص٦٨ : الكلام في المعاطاة الى قوله هذا : ولما عرفت

وسألت كثيراً من الأفاضل عنه لعلهم عثروا عليه فلم أوفق للجواب

ولعل قراءنا الكرام يعثرون عليه في القريب العاجل فيرشدوننا اليه حتى نتداركه في الجزء السابع .

نعم افاد صهرنا الفاضل الشيخ مصطفى الهرندي حفظه الله تعالى أن المراد به ما ذكره الشيخ في ص ١٥٢ عند قوله رداً على الشيخ كاشف الغطاء : نعم الفرق بين العقود وما نحن فيه أن التخلف عن العقود يحتاج الى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود ، وفيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للاصل .

هذا ما افاده صهرنا في هذا المقام فطالعه دقيقاً حتى تعلم مدى صحته وربطه بما نحن فيه : وهو عدم اعتبار الشروط المعتبرة في البيع في المعاطاة المفيدة للاباحة .

الفساد ، وعدم (١) تأثيره شيئاً خرج ماهو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم (٢) والعدم : وهو (٣) المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة ، وبقي الباقي (٤)

وبما ذكرنا (٥)

وعلى كل يكون هذا دليلا ثانياً لما افاده الشيخ : من أقوائية اعتبار بقية الشروط في المعاطاة بقوله في ص ٢٣٤ : والاقوى اعتبارها : اذ دليله الاول قوله في ص ٢٣٤ لأنها بيع عرفي .

والظاهر أن المراد من الاصل هنا الاستصحاب ، اى استصحاب بقاء ملكية المالك على ملكه ، وعدم انتقالهـا الى المتعاطيين بالتعاطي ، حيث إن الملكية لم تكن حاصلة قبل البيع المعاطاتي، وبعده نشك في حصولها فنستصحب العدم فيكون البيع فاسداً فلا يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة

(١) بالجر عطفاً على مجرور (الباء الجارة) في قوله : بعدم الملك أي وبعد القول بعدم تأثير المعاطاة شيئاً .

(٢) أي لامن حيث الملكية ، فإن المعاطاة بناءً على قول هؤلاء تفيد الملكية لامحالة وإنما الكلام من حيث اللزوم والعدم .

(٣) بيان لما خرج في قوله : خرج ماهو محل الخلاف اى محـل الخلاف والنزاع بين الفقهاء هي المعاطاة المشتملة على بقية شروط البيع على الصيغة في أن هـذه هل هي خارجة عن الاصل المذكور الذي هو الاستصحاب المفيد لفساد المعاطاة كما عرفت آنفاً ام داخلة تحته .

(٤) المراد من الباقي هي المعاطاة التي لم تكن مشتملة على بقية الشرائط المعتبرة في البيع تحت الاصل الذي هو الاستصحاب المفيد للفساد اى مثل هذه المعاطاة داخلة تحت ذلك الاصل فتفيد الفساد .

(٥) وهو اعتبار جميع الشروط المعتبرة في البيع في المعاطاة في قوله ـ

يظهر وجه تحريم الرباء فيه ايضاً وإن خصصنا الحكم بالبيع .

بل (١) الظاهر التحريم حتى عند من لايراها مفيدة للملك ، لأنها معاوضة عرفية وإن لم تفـد الملك ، بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي ، حيث قال : إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة ، أولازمة . انتهى

ولو قلنا : إن المقصود للمتعاطين الاباحة لا الملك فلا يبعد ايضا جريان الربا ، لكونها معاوضة عرفاً . فتأمل (٢)

وأما حكم جريان الخيار فيها (٣) قبل اللزوم (٤)

ـ في ص ٢٣٤ والأقوى اعتبارها اي فعلى ضوء ماذكرناه تظهر علة حرمة الربافي المعاطاةحيث إنها بيع عرفي وان افادت الاباحة شرعاً ، ومشتملة على جميع شرائط البيع سوى الصيغة وإن خصصنا حرمة الربا بالبيع .

ولكن مع ذلك كله تجري الحرمة في المعاطاة ايضاً كما عرفت من أنها معاوضة عرفية ، بل وشرعية .

هذا بناءً على افادة المعاطاة الملكية كما هو المفروض والمقرر ، إلا أن الكلام في اللزوم والعدم .

(١) هذا ترق من الشيخ

وخلاصته أن حرمة الربا جارية في المعاطاة وإن افادت الاباحة المجردة ، لأنها معاوضة عرفية ، بل شرعية حكم بها الشرع كما افاد هذه المعاوضة الشرعية الشهيد في حواشيه على القواعد : إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة : أولازمة .

(٢) اشارة الىأن اطلاق اسم المعاوضة على هذه المعاطاة مشكل،لأن المعاوضة إنما تطلق على قصد المتعاطيين معاوضة العين بالعين لا الاباحة بالاباحة.

(٣) اي في هذا المعاطاة المشتمل على جميع شرائط البيع سوى الصيغة.

(٤) وهو تلف احدى العينين ، أو كلتيهما .

فيمكن نفيه على المشهور (١) ، لأنها جائزة عندهم فلا معنى للخيار .

وإن قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا (٢) ، بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرض الملزمات (٣) فالخيار موجود من زمن المعاطاة ، إلا أن اثره يظهر بعد اللزوم (٤) .

وعلى هذا (٥) فيصح إسقاطه ، والمصالحة (٦) عليه قبل اللزوم

ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجري (٧)

---

(١) وهي افادة المعاطاة الاباحة المجردة .

(٢) اى سواءً أكان ثبوت الخيار من ناحية الشارع كخيار الحيوان والعيب والغبن وتأخير الثمن ، والرؤية ام من ناحية احد المتعاطيين كخيار الشرط .

أو المراد من الاطلاق هو ثبوت الخيار في المعاطاة قبل اللزوم أوبعده.

(٣) اى ملزمات البيع ونحن إن شاء الله نشير اليها .

(٤) وهو زمن التصرف في العين ، أو تلفها كلاً ، أو بعضاً اى اثر الخيار يكون بعد هذا الزمن ، أو بعد هذا التلف .

(٥) أى بناءً على أن اثر الخيار يظهر بعد اللزوم : وهو زمن التصرف في العين ، أو تلفها كلاً ، أو بعضاً .

(٦) اي ويصح المصالحة على إسقاط الخيار بشيء من المال : بأن يقول احد المتعاطيين : صالحتك على إسقاط خياري ازاء عشرة دنانير .

أو يقول الآخر : صالحتك بعشرة دنانير على إسقاط خيارك .

هذا اذا كان الخيار من جانب واحد .

وأما اذا كان من الجانبين فيقول احدهما للآخر : صالحتك على إسقاط خياري بإسقاط خيارك ، فيقول الآخر : قبلت .

(٧) اى لاتجري الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة المفيدة للملك

لاختصاص (١) أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار .

وبين غيرها (٢) كخيار الغبن والعيب بالنسبة الى الرد (٣) ، دون الارش (٤) فتجري (٥) ، لعموم أدلتها .

---

(١) تعليل لعدم جريان الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة .

حاصله أن وضع البيع من بداية الامر على اللزوم مع قطع النظر عن خيار المجلس ، وخيار الحيوان ، فعليه لاتجري هذه الخيارات في المعاطاة لاختصاص جريان أدلة هذه الخيارات بالبيع اللازم ، ومن الواضح عدم افادة المعاطاة اللزوم وإن افادت الملكية .

(٢) اى وبين غير الخيارات المختصة بالبيع كخيار العيب ، وخيار الغبن ، فإنها تجري في المعاطاة المفيدة للملك ، لعدم اختصاصها بالبيع فإنها تجري في كل معاوضة التي منها المعاطاة .

(٣) مقصود الشيخ قدس سره من هذا الكلام : أن صاحب المال الماخوذ بالمعاطاة لو رأى عيباً فيما أخذه ، أوكان مغبوناً فيه فله رد مااخذه الى صاحبه فقط ، دون اخذه واخذ الارش الذي هو الفرق مابين القيمتين قيمة الصحيح ، وقيمة المعيب .

بخلاف البيع فإن احد المتبايعين لورأى عيباً في المبيع ، أوكان مغبوناً فله اخذ المعيب ، أو المغبون ، واخذ الارش .

(٤) لأن الأصل في المعاطاة عدم انتقال المبيع الى المشتري ، والثمن الى البايع وإن افادت الملكية فحينئذ يقتصر في الارش على مورد اليقين : وهو البيع ، لورود الدليل الخاص بجريانه في البيع .

(٥) أي الخيارات غير المختصة بالبيع في المعاطاة ، لعموم أدلتها كما عرفت آنفاً .

وأما حكم الخيار بعدم اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات (١)

(الامر الثاني) (٢) : أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصـــول التعاطي فعلاً من الطرفين (٣) فالملك ، أو الاباحة في كل منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد (٤) لم يحصل مايوجب اباحة الآخر (٥) أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة ، ولا الاباحة راساً (٦) ، لأن كلاً منهما (٧) ملك (٨) أو مباح (٩) في مقابل ملكية الآخر (١٠) أو الاباحة ، (١١) إلا (١٢) أن الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين تبعاً للشهيـــد

---

(١) اى في التنبيه السابع ونحن نشير اليه .

(٢) اى من الامور التي ينبغي التنبيه عليها التي افادها في ص ٢١٨ بقوله : وينبغي التنبيه على امور :

(٣) بأن يعطي كل واحد من المتعاطيين ما عنده للآخر حتى يحصل له الاباحة ، أو الملكية المتزلزلة بقبضه .

(٤) سواء أكان من جانب البايع ، أو من جانب المشتري .

(٥) يحتمل أن يراد من الآخر السلعة ، ويحتمل أن يراد به الآخذ

(٦) اى كاملا وتاماً ، حيث إن معنى المعاطاة هو الحصول من الطرفين المعبر عنه بالكامل التام .

(٧) اى من السلعتين .

(٨) بناءً على افادة المعاطاة الملكية .

(٩) بناءً على افادة المعاطاة الاباحة المجردة .

(١٠) وهي السلعة اى في مقابل ملكية الآخذ السلعة .

(١١) اى اباحـــة الآخر الذي هي السلعـــة في مقابل اباحة الآخذ السلعة له .

(١٢) من هنا يريد الشيخ أن يحقق أن المعاطاة من طرف واحد -

في الدروس جعله (١) من المعاطاة .

ولا ريب أنه لايصدق معنى المعاطاة (٢) ، لكن هذا (٣) ، لايقدح في جريان حكمها عليه ، بناءً على عموم الحكم لكل بيع فعلي (٤) ، فيكون إقباض احد العوضين من مالكه تمليكاً له بعوض ، أو مبيحاً له به (٥) .

ـ يعد من المعاطاة فاخذ في الاستشهاد على ذلك بأقوال الفقهاء .

(١) اى جعل هذا القسم من المعاطاة الذي حصل من جانب واحد

(٢) حيث إن المعاطاة مصدر باب المفاعلة وهي تقتضي صدور الفعل من الطرفين كما في المضاربة والمزارعة ، وفيما نحن فيه قدر الفعل من جانب واحد ولم يحصل من الجانبين .

ولا يخفى أنه لايلزم أن يكون صدور الفعل في كل مفاعلة من الطرفين فإن المساقاة والمزارعة والمناكحة والمسافرة من باب المفاعلة ليس فيها صدور الفعل وهو السقي والزرع والنكاح والسفر من الطرفين .

نعم في مثل المضاربة والمشاركة والمعانقة وما ضاربها لابد من الحصول من الطرفين .

(٣) اى عدم صدق معنى المعاطاة : على حصول الإعطاء من جانب واحد لايضر في جريان حكم المعاطاة وهي الاباحة ، أو الملكية على مثل هذه المعاطاة .

(٤) أى بيع حصل بالفعل دون اللفظ ، وليس المراد من المعاطاة المأخوذ فيه التعاطي من الجانبين .

والمراد من الحكم في قوله : على عموم الحكم هي الملكية ، أوالاباحة

(٥) أي بعوض لم يُقبض بَعدُ .

واخذ الآخر له تملكاً له بالعوض ، أو اباحة له بازائه .

فلو كان المعطى (١) هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراءً ، واخذه بيعاً للمثمن به فيحصل الايجاب والقبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد .

ثم صحة هذا (٢) على القول بكون المعاطاة بيعاً مملكاً واضحة اذ يدل عليها مادل على صحة المعاطاة من الطرفين .

وأما على القول بالاباحة فيشكل (٣) بأنه بعد عدم حصول الملك بها لادليل على تأثيرها في الاباحة (٤) .

اللهم إلا أن يُدّعى قيام السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقي (٥) وربما (٦) يُدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن واخذ المثمن

---

(١) بصيغة المفعول .

(٢) وهي المعاطاة الحاصلة من جانب واحد .

(٣) اى التمسك بالأدلة اللفظية على صحة مثل هذه المعاطاة الحاصلة من جانب واحد، لأن مقتضى الأدلة التمليك ، والمفروض عدم حصوله لأن المعاطاة هنا يفيد الاباحة .

(٤) اى على هذه الاباحة الحاصلة من المعاطاة الحاصلة من جانب واحد ، لامن الجانبين .

(٥) وهي الحاصلة من الجانبين كما هو المفهوم في المعاطاة من حيث الوضع اللغوي .

(٦) من هنا يريد الشيخ أن يترقى في معنى المعاطاة ويأتي بمعنى جديد فيه : وهو حصول المعاطاة بمجرد الايصال وان لم يحصل فيه معنى التعاطي اصلا ولو من جانب واحد .

من غير صدق إعطاء اصلا ، فضلا عن التعاطي كما تعارف اخذ الماء مع غيبــة السقاء ، ووضع الفلس في المكان المعد له اذا عُلم من حال السقاء الرضا بذلك .

وكذا غير الماء من المحقرات كالخضروات ونحوها .

ومن هذا القبيل الدخول في الحمام ووضع الاجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته .

فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين ، أواحدهما مع الرضا في التصرف ويظهر ذلك (١) من المحقق الاردبيلي رحمه الله ايضا في مسألة المعاطاة وسيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله

ثم إنه لو قلنا : إن اللفظ غير المعتبر (٢) في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة أمــكن خــلو المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً (٣) فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير ايصال .

ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه (٤) ، بناءً على الملك (٥)

---

(١) وهو انعقاد المعاطاة بوصول العوضين ، أو احــدهما مع الرضا في التصرف .

(٢) وهو قول احد المتعاطيين : هذا لك ؛ ويقول الآخر له : هذا لك إزاء ما اعطيتني ، فإن هذا اللفظ غير معتبر في العقد ، اذ المعتبر فيه لفظة بعت في الايجاب ، وقبلت في القبول .

(٣) أى من الطرفين .

(٤) أى على مثل هذه المعاطاة الخالية من الإعطاء والإيصال يصدق البيع عرفاً .

(٥) أى هذا الصدق العرفي مبني على افادة المعاطاة الملكية ، سواءً أكانت لازمة ام جائزة اي متزلزلة .

وأما على القول بالاباحة فالاشكال المتقدم (١) هنا آكد

(الامر الثالث) (٢) تمييز البايع عن المشتري في المعاطاة الفعلية (٣) مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح ، فإن (٤) صاحب الثمن هو المشتري مالم يصرح بالخلاف .

وأما مع كون العوضين من غيرها (٥) فالثمن ماقصدا قيامه مقام الثمن في العوضية، فاذا اعطى الحنطة في مقام اللحم قاصداً إن هذا المقدار

---

(١) وهو ما افاده في ص ٢٤١ بقوله : فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لادليل على تأثيرها .

أما وجه آكدية الإشكال هنا هو عدم وجود سيرة هنا ، بخلاف ماتقدم هناك ، فإن السيرة كانت موجودة .

ولا يخفى وجود السيرة هنا ايضا الى زماننا هذا ، حيث يتعامل المتشرعون مع هذه المعاطاة تعامل البيع فيما يجري عليه .

(٢) أى من الامور التي قال الشيخ في ص٢١٨ : وينبغي التنبيه على امور

(٣) التقييد بالفعلية ، لاخراج المعاوضة المشتملة على الايجاب والقبول حيث إنه يميز البايع عن المشتري بلفظ بعت ، والمشتري يميز عن البايع بلفظ قبلت .

بخلاف المعاطاة ، فإن معرفة البايع من المشتري متوقفة على كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كما في الدراهم والدنانير والفلوس فلو دفع شخص شيئاً من المذكورات يكون هو المشتري ؛ لأنها العُملة الرائجة التي يتعامل عليها الناس .

(٤) تعليل للوضوح في قوله : واضح

(٥) أى من غير النقود .

من الحنطـــة يساوي درهماً هو ثمن اللحم فيصدق عرفاً أنه اشترى اللحم بالحنطة (١)

واذا انعكس (٢) انعكس الصدق (٣) فيكون المدفوع بنية البدليـــة عن الدراهم والدنانير هو الثمن ، وصاحبه هو المشتري .

ولو لم يلاحظ إلا كون احـــدهما بدلاً (٤) عن الآخر ، من دون نية قيام احدهما مقام المثمن في العوضية ، أو لوحظت القيمة في كليهما : بأن لوحظ كون المقـــدار من اللحم بدرهم ، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدل (٥) على كون احدهما بالخصوص بايعـــا .

ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة الى كل منهما (٦) بناءً على أن البيـــع لغة كما عرفت مبادلة مال بمـــال ، والشراء ترك شيء واخذ غـــيره كما عن بعض اهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم أنه باعه بحنطة، وأنه اشترى الحنطة (٧) .

---

(١) وكذلك اذا تعاوضا بما تعارف جعله ثمناً يكون المثمن ماقصداه

(٢) بأن قصدا وقوع اللحم ثمناً باعتبار أنه يساوي درهما .

(٣) اي يصير المثمن ثمناً والثمن مثمناً .

(٤) اى من دون ملاحظة أن يكون احد المأخوذين بالمعاطاة ثمنا والآخر مثمنا

(٥) جملة تدل مجرورة محلاً صفة لكلمة مقاولة اى تعاطيا من دون أن يعينا قبل المعاوضة المشتري منهما والبايع ، أو الثمن والمثمن .

(٦) بمعنى أن كل واحد منهما بايع ومشترٍ هذا هو الفرد الاول.

(٧) كذلك صاحب الحنطة اصبح بايعا ومشتريا : بايعاً من حيث إنه باع الحنطة باللحم ، ومشترياً من حيث إنه اشترى اللحم بالحنطة .

فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم ، وعدم شراء الحنطة (١)

نعم لايترتب عليهما أحكام البايع (٢) ، ولا المشتري ، لإنصرافهما في أدلة تلك الى من اختص (٣) بصفة البيع ، أو الشراء ، فلا تعم من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين (٤)

أو كونه (٥) بيعاً بالنسبة الى من يعطي اولاً : لصدق الموجب عليه وشراءً بالنسبة الى الآخذ ، لكونه قابلاً عرفاً .

---

(١) لأنه في عين الحال باع ، وفي عين الحال اشترى .

(٢) المراد من أحكام البايع هو خيار الحيوان للمشتري ، أو لكليهما اذا كانا قد تعاطيا بالحيوان .

وكذا خيار المجلس لكل واحد منهما ماداما في المجلس ولم يتفرقا اذا كان ماتعاملا عليه من الصرف .

وكذا خيار تخلف الثمن المختص بالبايع .

(٣) اى انفرد احدهما بصفة البيع ، والآخر بصفة الشراء .

(٤) اى أحكام البيع والشراء لاتشمل من كان في معاوضة واحدة مصداقاً للبيع والشراء : بأن كان باعتبار بايعاً ، وباعتبار مشترياً .

الظاهر شمولها لمن كان هذه صفته ، لكونه بايعاً فتشمله أحكام البيع من المذكورات آنفاً ، وكونه مشترياً فتشمله أحكام الشراء من المذكورات آنفاً .

(٥) بالجر عطفا على مجرور (في الجارة) في قوله : ففي كونه بيعاً

هذا هو الفرد الثاني لما لم يلاحظ إلا كون احدهما بدلاً عن الآخر اى وفي كون مثل هذا التعاطي الذي لم يلاحظ فيه إلا كون احدهما بدلا عن الآخر .

أو كونه (١) معاطاة مصالحة ، لأنها (٢) بمعنى التسالم على شيء ولذا (٣) حملوا الرواية الواردة في قول احد الشريكين لصاحبه :

لك ماعندك ، ولي ماعندي : على الصلح .

أو كونه (٤) معاوضة مستقلة لايدخل تحت العناوين المتعارفة :

وجوه (٥)

---

(١) بالجر عطفا على مجرور (في الجارة) في قوله : ففي كونه هذا هو الفرد الثالث لما لم يلاحظ إلا كون احدهما بدلا عن الآخر أى وفي كون مثل هذا التعاطي الذي لم يلاحظ فيه إلا كون احدهما بدلاً عن الآخر .

(٢) أى المصالحة .

(٣) اى ولأجل أن المصالحة في اللغة بمعنى التسالم والتوافق حمل الفقهاء راجع (وسائل الشيعة الجزء ١٣ ص ١٦٥ الباب ٥ الحديث ١ .

(٤) بالجر عطفاً على مجرور (في الجارة) في قوله : ففي كونه بيعاً هذا هو الفرد الرابع لما لم يلاحظ إلا كون احدهما بدلاً عن الآخر اى وفي كون مثل هذا التعاطي الذي لم يلاحظ فيه إلا كون احدهما بدلاً عن الآخر .

(٥) اى اربعة اليك حاصلها .

(الاول) : أن يكون مالم يلاحظ فيه إلا كون احدهما بدلا عن الآخر بيعاً وشراء بالنسبة الى كل منهما .

واليه اشار بقوله في ص ٢٤٤ :ففي كونه بيعاً وشراء بالنسبة .

(الثاني) : أن يكون مالم يلاحظ فيه إلا كون احدهما بدلا عن الآخر بيعا بالنسبة الى من يعطي اولاً .

لايخلو ثانيها (١) عن قوة ، لصدق تعريف البايع لغة وعرفا على الدافع اولاً ، دون الآخر ، وصدق المشتري على الآخذ أولاً ، دون الآخر فتدبر

(الرابع) (٢) : أن اصل المعاطاة وهو إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه (٣)

(احدها) (٤) : أن يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في اخذه (٥) قابلاً ومتملكاً بازاء مايدفعه ، فلا يكون (٦) في دفعه

- واليه اشار بقوله في ص ٢٤٥ : أو كونه بيعاً بالنسبة .

(الثالث) : أن يكون مالم يلاحظ فيه إلا كون احدهما بدلاً عن الآخر معاطاة مصالحة .

واليه اشار بقوله في ص٢٤٦ : أوكونه معاطاة مصالحة .

(الرابع) : أن يكون مالم يلاحظ فيه إلا كون احدهما بدلاً عن الآخر معاوضة مستقلة .

واليه اشار بقوله في ص ٢٤٦ : أو كونه معاوضة مستقلة .

(١) اى ثان الوجوه الاربعة وهو الذي اشرنا اليه بقولنا في الهامش ٥ ص ٢٤٦ : الثاني أن يكون مالم يلاحظ .

(٢) اى من الامور التى افادها الشيخ بقوله في ص ٢١٨ : وينبغي التنبيه على امور .

(٣) اي اربعة .

(٤) اى احد الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة .

(٥) اى في اخذ مال صاحبه الذي ملّكه له .

(٦) اى فلا يكون هذا الآخذ الذي هو القابل والمتملك في دفع ماله للمعطي الاول .

الغوض إنشاء تمليك (١) ، بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ماتملكه (٢) فيكون الايجاب والقبول بدفع العين الاولى (٣) ، وقبضها (٤)

فدفع العين الثانية (٥) خارج عن حقيقة المعاطاة (٦) .

فلو مات (٧) الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة .

وبهذا الوجه (٨) صححنا سابقا (٩) عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون اطلاق المعاطاة عليه (١٠) من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء ، دون القول ، لامن حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين

---

(١) اذ إنشاء التمليك حصل من المعطي الاول الذي ملّك ماله للآخر ازاء تمليك الآخر ماله له ، فلا يكون إنشاء تمليك جديد من قبل الآخذ.

(٢) اى من صاحبه الذي هو المعطي الاول .

(٣) الذي حصل من المعطي الاول فيكون هو الايجاب الفعلي .

(٤) الذي حصل من الآخذ فيكون هو القبول الفعلي .

(٥) الذي حصل من الآخذ

(٦) اى عن انعقاد المعاطاة ، لا أنه خارج عن حقيقته ، وإلا لما تحقق مفهوم المعاطاة .

(٧) تفريع على ما افاده : من خروج دفع العين الثانية عن الآخر للمعطي الاول عن انعقاد المعاطاة ، اى فعلى ضوء ماذكرنا لو مات الآخذ قبل أن يدفع ماله للمعطي الاول مات بعد تمامية المعاطاة .

(٨) وهي تمامية المعاطاة بإعطاء العين الاولى للآخذ ، وقبضه لها ، وأن دفع العين الثانيةمن الآخذ خارج عن إنعقادالمعاطاة،ولايتوقف على الدفع

(٩) عند قوله في ص ٢٤٠ : ولا ريب أنه لايصدق معنى المعاطاة لكن هذا لايقدح في جريان حكمها عليه .

(١٠) اى على مثل هذا المعاطاة الذي لم يعين فيه البايع والمشتري

ومثله (١) في هذا الاطلاق لفظ المصالحة والمساقاة والمزارعة والمؤاجرة وغيرها (٢)

وبهذا الاطلاق (٣) يستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة .

وربما يستعمل (٤)

---

(١) اى ومثل هذا الاطلاق : وهو اطلاق المعاطاة على المعاطاة الذي لم يعين فيه البايع والمشتري لفظ المصالحة والمزارعة والمساقاة والمؤاجرة في عدم احتياج تحقق مفهومها الخارجي الى طرفين ، مع أن هذه الألفاظ من باب المفاعلة المحتاج في تحقق مفهومها الخارجي الى طرفين

(٢) اى وغير هذه الألفاظ : من الألفاظ التي هي من باب المفاعلة الظاهرة في احتياج تحقق مفهومها الخارجي الى طرفين .

(٣) اى وبتامية المعاطاة بإعطاء العين الاولى للآخذ وقبضه لها ، وعدم الاحتياج الى دفع العين الثانية من الآخذ للمعطي الاول يصح اطلاق المعاطاة على الرهن والقرض والهبة ، مع أن تحقق مفهوم هذه العقود لا يحتاج الى التقوم بطرفين .

فلو كان المعاطاة محتاجا في تحقق مفهومه الخارجي الى التقوم بطرفين لما صح استعماله في هذه العقود .

(٤) اى المعاطاة الذي هو من باب المفاعلة المحتاج في تحقق مفهومها الخارجي الى القيام بطرفين يصح استعماله في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء في الخارج اصلا حتى من طرف واحد .

ففي الحقيقة يروم الشيخ أن يرقى الى معنى رفيع أرقى من المعاني التي ذكرها في المعاطاة : وذلك باستعماله في المعاملة التي ليس فيها وجود اعطاء اصلاً .

في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن (١) إعطاء
وفي صحته (٢) تأمل

(ثانيها) (٣) : أن يقصد كل منهما تمليك الآخر ماله بازاء تمليك ماله اياه ، فيكون تمليك (٤) بازاء تمليك ، فالمقابلة بين التملكين (٥) لا الملكين (٦) والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين ، فلو (٧) مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة .

---

(١) كلمة كان هنا تامة غير محتاجة الى الخبر اسمها كلمة عطاء .

(٢) اى وفي صحة مثل هذا الاستعمال وهو استعمال المعاطاة في المعاملة التي ليس فيها عطاء اصلاً تأمل .

وجه التأمل ظاهراً عدم وجود إنشاء تمليك اصلاً في هذه المعاملة .

لكن لايخفى على المتأمل البصير أن السيرة الجارية في العصر الحاضر عند المتشرعة صحة مثل هذه المعاملة ، بل غالب تعاملهم من هذا القبيل فنفس إقدامهم عليها هو إنشاء التمليك ، وحكم الشارع في مثل هذه المعاملات ماض وماش .

(٣) اى ثان الوجوه الأربعة المتصورة للمعاطاة .

(٤) كان هنا تامة لاتحتاج الى الخبر اسمها تمليك .

(٥) وهما : تمليك من المعطي الاول الآخذ ، وتمليك من الآخذ للمعطي الأول .

(٦) الظاهر عدم تحقق التمليك في الخارج بدون تحقق الملك فاذا حصل التمليك حصلت الملكية في الخارج ، حيث إنها مفهومه .

(٧) الفاء تفريع على ما افاده : من أن المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين بناءً على المعنى الثاني للمعاطاة فعند موت الثاني قبل دفعه =

وهذا (١) بعيد عن معنى البيع وقريب الى الهبة المعوضة ، لكون كل من المالين خالياً عن العوض (٢)

لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل (٣) ، اذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك من الاول ، لأنه إنما ملّكه بازاء تمليكه فما لم يتحقق تمليك من الثاني لم يتحقق تملكه .

إلا أن يكون تمليك الآخر له (٤) ملحوظاً عند تمليك الاول على نحو الداعي ، لا العوض فلا يقدح تخلفه .

فالأولى أن يقال : إنها (٥) مصالحة وتسالم على امر معين ، أومعاوضة مستقلة (٦)

= للاول لم يتحقق مفهوم المعاطاة خارجا .

(١) اى المعنى الثاني .

(٢) حيث عرفت فيما افاده الشيخ في ص٢٥٠ : من أن المقابلة بين التمليكين لا الملكين فيكون تمليك بازاء تمليك فليس هناك شيء حتى يجعل عوضاً وقصد العوضية لايحقق العوض .

(٣) لأن الهبة المعوضة لايصح الرجوع لاحدهما فيها بعد أن تمت ولا يجوز لهما نقضها .

بخلاف مانحن فيه : وهو المعاطاة على المعنى الثاني ، فإنه يصح لكل واحد من المتعاطيين الرجوع في ماله .

(٤) أى الثاني .

(٥) اى المعاطاة بالمعنى الثاني .

(٦) بأن يقال : إن المعاطاة بالمعنى الثاني لاربط له اصلاً باحد العقود المعهودة

(ثالثها) (١) : أن يقصد الاول اباحة ماله بعوض فيقبل الآخر باخذه اياه فيكون الصادر من الاول الاباحة بالعوض ، ومن الثاني بقبوله لها (٢) التمليك كما لو صرح بقوله : ابحت لك كذا بدرهم .

(رابعها) (٣) : أن يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة اخرى فيكون اباحة بازاء اباحة ، أو اباحة بداعي اباحة على ماتقدم نظيره في الوجه الثاني : من امكان تصوره على نحو الداعي ، وعلى نحو العوضية (٤)

وكيف كان (٥) فالاشكال في حكم القسمين الاخيرين (٦) على فرض قصد المتعاطيين لها (٧)

ومنشأ الاشكال (٨) اولاً الاشكال في صحة اباحة جميع التصرفات

---

(١) اى ثالث الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة .

(٢) اى للاباحة : بمعنى أن الاول بعد أن قصد اباحة ماله للآخر ازاء عوض وقبل الآخر هذه الاباحة يقصد الآخر تمليك ماله للمبيح فعلى هذا القول يحصل التمليك من جانب واحد فقط .

(٣) اى رابع الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة .

(٤) لكن مع فرق بين الثاني والرابع : وهو أن التقابل في الثاني يكون بين التمليكين ، وفي الرابع بين الاباحتين .

(٥) اى أى شيء فسرنا المعاطاة ، وأي معنى من الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة انتخبنا .

(٦) وهما : الوجه الثالث والرابع من الوجوه الاربعة المتصورة المذكورة للمعاطاة .

(٧) اى للوجه الثالث والرابع الذي فسر المعاطاة بهما .

(٨) اى في الوجه الثالث والرابع .

حتى المتوقفة على ملكيـة المتصرف (١) : بأن يقول : ابحت لك كل تصرف ، من دون أن يملكه العين (٢)

وثانياً الاشكال في صحة الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركب من اباحة وتمليك (٣)

فنقول : أما اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنه لايجوز : اذ التصرف الموقوف على الملك لايسوغ لغـير المالك بمجرد اذن المالك ، فإن اذن المالك ليس مشرعاً وإنما يمضي فيما يجوز شرعا (٤)

فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه : بأن يملك الثمن مع خروج

---

(١) كالوقف والوطي والعتق والبيع .

(٢) كما في الوجه الرابع ، حيث يقصد كل واحد من المتعاطيين اباحة ماله ازاء اباحة الآخر ماله له ، فالتصرفات المتوقفة على الملك مع القصد المذكور كيف يمكن الجمع بينهما ؟

فلو باع احـدهما ، أو كلاهما فقد باع مال الغير ، لأن المال مع القصد المذكور باقٍ على ملكيـة صاحبه الاول فيصدق أنه باع مال الغير لنفسه وهو غير معقول .

(٣) كما في الوجه الثالث ، حيث إن احد المتعاطيين يقصد اباحة ماله بعوض فيقبل الآخر هذه الاباحة فبقبوله لها يحصل التمليك للمبيع ، فلو باع الذي انتقل المال اليه بالاباحة فقد باع مال الغير ، لأن المال مع قصد الاباحة باق على ملكيـة المالك الاول فيصدق بيع مال غيره لنفسه وهو غير معقول .

(٤) كالتصرفات التي لاتتوقف على الملك .

المبيع عن ملك غيره (١) غير معقول (٢) كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن ياذن فيه (٣)؟

نعم يصح ذلك (٤) باحد الوجهين كلاهما في المقام (٥) مفقود

(احدهما) : أن يقصد المبيح بقوله : ابحت لك أن تبيع مالي لنفسك إنشاء توكيل (٦) له في بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه (٧) بالهبة ، أو في نقله أولاً الى نفسه ثم بيعه ، أو تمليكا (٨)

---

(١) كما في الوجه الثالث ، حيث إن احدهما قصد الاباحة وكما في الوجه الرابع ،حيث إن كليهما قصد الاباحة ففي الوجهين المال باق على ملك صاحبه الاول كما عرفت آنفاً .

(٢) وجه غير المعقولية : أن الثمن لابد أن يدخل في مكان قد خرج منه المثمن وهنا قد دخل الثمن في كيس من لم يخرج المثمن من عنده لأن مع قصد الاباحة يكون المال باق على ملكية صاحبه الاول .

(٣) استفهام انكاري وجواب عن اذا الشرطية في قوله : فاذا كان بيع الانسان .

(٤) اى جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك .

(٥) وهو الوجه الثالث والرابع من الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة .

(٦) اى للطرف الآخر بنفس الاباحة الحاصلة منه له .

(٧) فلازم هذه الاباحة شيئان : توكيل الغير في بيع ماله عنه وتوكيل الغير في هبة ماله لنفسه .

(٨) اى يقصد المبيح باباحة ملكه للآخر تمليك ماله له بنفس هذه الاباحـة .

له بنفس هذه الاباحة فيكون انشاء تمليك له ، ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله (١) كما صرح في التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد : اعتق عبدك عني بكذا استدعاء لتمليكه (٢) واعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب (٣) ويُقدر وقوعه (٤) قبل العتق آناً ما فيكون هذا (٥) بيعا ضمنيا لايحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع (٦)

ولا شك أن المقصود فيما نحن فيه (٧) ليس الاذن في نقل المال الى نفسه أولا (٨) ولا في نقل الثمن اليه ثانيا ، ولا قصد التمليك بالاباحة

---

(١) اى قبول هذا التمليك .

(٢) اى القائل للمخاطب : اعتق عبدك عني يقصد تمليك المخاطب العبد له ثم اعتاقه عنه ثانياً فهذا القول استدعاء للتمليك .

فاعتاق مالك العبد عبده عن القائل دليل على تمليكه له ، واجابة لاستدعائه منه .

(٣) وهو اعتاق صاحب العبد عبده عن القائل : اعتق عبدك عني

(٤) اى وقوع نقل العبد وانتقاله الى القائل : أعتق عبدك عني قبل أن يعتق صاحب العبد عبده عنه .

(٥) وهو اعتاق العبد يكون بيعاً ضمنياً من صاحب العبد الى القائل

(٦) كالايجاب والقبول اللفظين .

(٧) وهي المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة كما في الوجه الثالث والرابع من الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة .

(٨) كما كان هذا الاذن موجوداً في قول القائل : اعتق عبدك عني =

المذكورة ، ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمني مقصود للمتـكلم والمخاطب كما كان مقصوداً ولو اجمالاً في مسألة اعتق عبدك عني ، ولذا عد العامة والخاصة من الاصوليين دلالة هذا الكلام (١) على التمليك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها : بأنها دلالة مقصودة للمتكلم تتوقف صحة الكلام عقلا ، أو شرعا عليـه فمثلوا للعقلي بقوله تعالى : ﴿واسئل القرية﴾ (٢) ، وللشرعي بهذا المثال (٣)

ومن المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه (٤) ليس إلا مجرد الاباحة .

(الثاني) (٥) : أن يدل دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له

ـ حيث ينقل مالك العبد عبده الى القائل ثم يعتقه .

(١) وهو اعتق عبدك عني

(٢) حيث إن السؤال عن القرية امر غير معقول ، وغير ممكن ، فالعقل يحكم بتقـدير كلمة لامحالة وهي كلمة اهل اى فأسألوا اهل القرية

(٣) وهو اعتق عبدك عني .

(٤) وهو الوجـه الثالث والرابع من الوجوه الأربعـة المتصورة للمعاطاة .

(٥) اى من الوجهين الذين جاء بهما الشيخ لصحة جميع التصرفات حتى المتوقفـة على الملك في قوله في ص ٢٥٤ : نعم يصح ذلك باحد الوجهين .

خلاصة هذا الوجه : أن الاباحة المجردة عن التمليك تفيد الملكية الآنية ولو كانت عنـد التصرف ؛ وذلك بسبب دليل شرعي : من آية أورواية ، أو اجماع فيكون هذا الدليل الشرعي كاشفاً عن حصول الملكية ـ

بمجرد الإباحة فيكون (١) كاشفا عن ثبوت الملك له عند ارادة البيع آنا ما فيقع البيع في ملكه (٢) أو (٣) يدل دليل شرعي على انتقال الثمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص اناً ما لايقبل غير العتق ، فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آناً ما ، للجمع بين الأدلة (٤)

وهذا الوجه (٥) مفقود فيما نحن فيه ، اذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة (٦)

واثبات صحته (٧) بعموم مثل الناس مسلطون على أموالهم يتوقف على عدم مخالفة مؤداه (٨)

= الآنية عند ارادة البيع ، أوعند ارادة الوطي ، أو العتق في الوجه الثالث والرابع في المعاطاة .

(١) اى الدليل الشرعي كما عرفت .

(٢) اى لافي ملك المبيح فيقع البيع لنفسه فاذاً يصح البيع .

(٣) هذا فرض آخر .

(٤) وهو دليل لاعتق إلا في ملك ، ودليل إن الإنسان لا يملك عموديه .

فالجمع بينهما هو القول بالملكية الآنية حتى يصح العتق .

(٥) وهو الجمع بين الأدلة مفقود فيما نحن فيه : وهو جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك في المعاطاة على الوجه الثالث والرابع من الوجوه الاربعة المتصورة .

(٦) اى حتى المتوقفة على الملك .

(٧) أى صحة مثل هذه الاباحة العامة .

(٨) اى مؤدى العموم .

لقواعد اخرى : مثل (١) توقف انتقال الثمن الى الشخص على كون المثمن مالاً له .

وتوقف (٢) صحة العتق على الملك ، وصحة (٣) الوطي على التحليل بصيغة خاصة ، لابمجرد الاذن في مطلق التصرف .

ولأجل ما ذكرنا (٤) صرح المشهور ، بل قيل : لم يوجد خلاف

---

(١) هذه احدى القواعد الفقهية التي يكون مؤدى العموم المذكور مخالفاً لها ، حيث إن مؤداه يحكم بالسلطنة العامة للناس بأي نحو من أنحائها ومنها المعاملة المعاطاتي المقصود منها التمليك وإن افادالاباحة فلازمه دخول الثمن في كيس المباح له وان لم يخرج المثمن من كيسه ، ومؤدى القاعدة الفقهية وهو توقف إنتقال الثمن الى الشخص على كون المثمن مالاً له يحكم بعدم دخول الثمن في كيس من لم يخرج المثمن من عنده .

(٢) هذه ثانية القواعد الفقهية التي يكون مؤدى العموم المذكور مخالفاً لها ، حيث إن مؤدى العموم يحكم بالسلطنة العامة للناس كما عرفت في القاعدة الاولى ، ومؤدى القاعدة الفقهية المذكورة وهو توقف صحة العتق على الملك يحكم بعكس ذلك ،لأن المباح له لايصح له أن يعتق العبد المأخوذ بالمعاطاة المفيد للاباحة ، لعدم كونه ملكاً له .

(٣) هذه ثالثة القواعد الفقهية التي يكون مؤدى العموم المذكور وهو الناس مسلطون على أموالهم مخالفاً لها ، حيث إن مؤداها يحكم بعدم جواز الوطي في الامة المأخوذة بالمعاطاة المفيدة للاباحة ، بل لابد من كون الوطي في الملك، وهنا ليس ملك حتى يصح الوطي ، ومؤدى العموم المذكور بعكس هذه .

(٤) وهو توقف اثبات الإباحة العامة من عموم الناس مسلطون على أموالهم : على أن لا يكون مؤداه مخالفاً لقواعد فقهية اخرى .

في أنه لو دفع الى غيره مالاً وقال : اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الإذن (١) في إقتراض المال قبل الشراء ، أوإقتراض الطعام (٢) أو استيفاء الدين منه بعد الشراء (٣) لم يصح (٤)

---

(١) أى من صاحب المال .

(٢) اى بعد الشراء : بأن ينوي صاحب المال إقتراض الآخذ الطعام بعد الشراء .

(٣) بأن يقصد صاحب المال استيفاء الدين من الآخذ بعد شرائه الطعام .

ولا يخفى أن الاستيفاء المذكور ملازم لإقراض صاحب المال ماله للآخذ .

كما أنه لايخفى أيضاً أنه لايجوز للآخذ التصرف في المال إلا في شراء الطعام ، ولهذا قيد الشيخ قدس سره استيفاء الدين من الآخذ بعد الشراء

(٤) جواب (للو الشرطية) في قوله : في أنه لو دفع اى مثل هذا غير صحيح .

لم نعرف وجه عدم الصحة في هذا الدفع بعد أن صرح المعطي للآخذ بالشراء واجاز له ذلك بقوله : فاشتر به لنفسك .

والشراء لنفسه على قسمين :

(الاول) : على وجه الاباحة .

(الثاني) : على وجه التمليك ، وعلى كلا القسمين يصح الدفع والشراء ولا سيما على بعض الفروض السابقة : وهو أن الإباحة تدل على التمليك .

فكيف بقوله : اشتر به لنفسك لايدل على التمليك بعد الشراء ؟

كما صرح به (١) في مواضـع من القواعد .

وعلله (٢) في بعضها : بأنه لايعقـل شراء شيء لنفسه بمال الغـير وهو (٣) كذلك ، فإن مقتضى مفهوم المعاوضـة والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكـه (٤) ، وإلا لم يكن عوضاً وبدلاً ولما (٥) ذكرنا حكم الشيـخ وغيره بأن الهبةالخالية عن الصيغة تفيد اباحة التصرف ، لـكن لايجوز وطي الجارية (٦)

---

(١) أي بعدم صحة مثل هذا الدفع ، وعدم صحة التصرف للآخذ فيما اخذه من معطي المال بقوله : اشتر به لنفسك .

(٢) أي علل العلامـة قدس سره عـدم صحة هذا الدفع ، وعدم صحة التصرف للآخذ فيما اخذ في بعض المواضع من القواعد .

(٣) هذا كلام الشيخ الانصاري جاء به مؤيداً للعلامة فيما ذهب اليه أي عدم معقولية مثل الدفع ، وعدم صحة التصرف للآخذ فيما اخذ صحيح تام لاخدش فيه .

(٤) ولا يخفى أن الامر كذلك في قول القائل : اشتر به لنفسك حيث إن الطعام الذي هو المعوض عن المال يدخـل في ملك معطي المال آناً ما كما هو المفروض في العمودين ، واعتق عبـدك عني .

فـما الفرق بين المقامين ؟

(٥) وهو عدم وجود دليل خاص على صحة مثل هذه الإباحة العامة الشاملة للتصرفات المالـكة حتى يتمسك به .

(٦) لعدم افادة مثل هذه الهبة الخالية عن الصيغة التمليك .

غاية الامر إفادتها الاباحة العامة التي لادليل على صحتها حتى يتمسك بها في التصرفات المالـكة .

مع أن الاباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات (١) .

وعرفت (٢) ايضاً أن الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة ، وثمن الهدي ، ولا وطي الجارية ، مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة (٣)

ودعوى (٤) أن الملك التقديري هنا ايضا لايتوقف على دلالة دليل خاص ، بل تكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على اموالهم الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة ، وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك .

---

(١) اى حتى المتوقفة على الملك .

(٢) في ص ٩٥ عند قول (شيخنا الانصاري) : مع أن المحكي عن الشهيد في حواشيه على القواعد .

(٣) اى حتى التصرفات المتوقفة على الملك .

(٤) دفع وهم

حاصل الوهم أنة يمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين .

وهما : قوله صلى الله عليه وآله وسلم : إن الناس مسلطون على أموالهم الدال بمفهومه على توسيع دائرة التصرفات حتى المتوقفة على الملك بجميع أنحائه وأقسامه كالبيع والوطي والعتق .

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لابيع إلا في ملك ، ولا عتق إلا في ملك ، ولا وطي إلا في ملك الدال بمفهومه على تضييق دائرة التصرفات المتوقفة على الملك كالمذكورات ، فلا تصح المذكورات بالإباحة المطلقة العامة ، بل لابد من التمليك الصريح فيها ، وفي نظائرها .

وكيفية الجمع هي الملكية الآنية التقديرية ، ولا نحتاج في الجمع الى دليل خاص أزيد من دليل الملكية الآنية التقديرية .

نظير (١) الجمع بين الأدلة في الملك التقديري .

مدفوعة (٢) بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم إنما يدل على تسلط

---

(١) تمثيل وتنظير لإمكان الجمع بين الدليلين المتعارضين : بالملكية القهرية الآنية .

وخلاصته : أنه كما يمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين .

وهما : لاعتق إلا في ملك ، وعدم تملك الانسان عموديه : بالملكية الآنية القهرية حتى يصح العتق في العمودين ، أو احدهما لو فرض تملكه لها بالأسر ، أو الشراء .

كذلك يمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين فيما نحن فيه : بالملكية المذكورة .

(٢) خبر للمبتدأ المتقدم وهو قوله في ص ٢٦١ : ودعوى

هذا جواب عن التوهم المذكور .

وخلاصته أن الشيخ يريد أن ينكر العموم المدعى في الناس مسلطون على أموالهم : ببيان أن العموم المذكور إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على الأحكام الشرعية مثل جواز وطي الجارية المأخوذة بالمعاطاة ، ومثل جواز إعطاء الخمس والزكاة في المال المأخوذ بالمعاطاة ، لعدم ربط مثل هذا الجواز بالعموم المذكور فلا يمكن للآخذ التصرف فيما اخذه بالمعاطاة تصرفاً مالكياً ، فالاباحة المستفادة من العموم وان كانت مطلقة .

لكن اطلاقها لا يسع مثل هذه الامور المتوقف تصرفها على الملكية بل التصرف فيها محتاج الى الملكية الصرفة .

بعبارة اخرى أن العموم المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : -

الناس على أموالهم ، لاعلى أحكامهم ، فمقتضاه (١) إمضاء الشارع لاباحة المالك كل تصرف جائز شرعاً ، فالإباحة وان كانت مطلقة إلا أنه لايباح بتلك الاباحة المطلقة إلا ماهو جائز بذاته في الشريعة .

ومن المعلوم (٢) أن بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقـــل والنقـــل الدالين على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض

= الناس مسلطون على أموالهم له اقتضاء إمضاء الشارع للامور التي جائز التصرف بذاتها في الشريعة الاسلامية وهي التي لايتوقف تصرفها على الملكية

وأما المتوقف تصرفها على الملكية كالتي ذكرناها فلا يشملها العموم المذكور ، لعدم إمضاء الشارع لها .

(١) اى العموم المذكور الذي ذكرناه في قولنا في ص ٢٦٢ : وخلاصته بعبارة اخرى .

(٢) هذا من متممات الجواب عن التوهم المذكور .

وخلاصته أنه بعد أن عرفت ماقلناه في الجواب فلو باع احد المتعاطيين ما اخذه بالمعاطاة بالمعنى الثالث والرابع من الوجوه المتصورة للمعاطاة فقد باع مال غيره لنفسه ، لأن المأخوذ بالمعاطاة بناءً على افادته الاباحة المجردة باق على ملك المالك الاول ، وبيع مال الغير لنفسه غير جائز عقلاً ونقلاً لأن العقـــل والنقـــل يدلان على لزوم دخول العوض في ملك من خرج المعوض الذي هو المثمن من كيسه .

وفيما نحن فيه وهو الوجه الثالث والرابع من المعاطاة قد دخل الثمن في كيس من لم يخرج المعوض من عنده ، فالعموم المذكور لايشمل مثل هذا المعاطاة حتى يقال بثبوت التنافي الذي هو التزاحم والتعارض بين العموم وبين أدلة لابيع إلا في ملك ، ولا وقف إلا في ملك ، ولا وطي إلا في ملك =

فلا يشمله العموم في الناس مسلطون على أموالهم حتى يثبت التنافي (١). بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري آناً ما .

وبالجملة (٢) دليل عدم جواز بيع ملك الغير، أوعتقه لنفسه حاكم على عموم الناس مسلطون على أموالهم الدال (٣) على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها (٤).

نظير (٥) حكومة الدليل الدال على عدم جواز عتق مال الغير

- ولازمه الجمع بين هذين الدليلين المتعارضين : بالملكية الآنية حتى يرتفع التزاحم والتنافي ، كما التزمنا بالملكية الآنية في تملك العمودين .

(١) وهو التزاحم ، وقد عرفت معناه عند قولنا في الهامش ٢ ص ٢٦٣ : حتى يقال بثبوت التنافي.

(٢) هذا من متممات الجواب عن التوهم المذكور ايضاً .

اى وخلاصة الكلام في هذا المقام أن أدلة لابيع إلا في ملك ، ولا وقف إلا في ملك ، ولا وطي إلا في ملك حاكمة على عموم الناس مسلطون فلا يبقى له عموم حتى يتمسك به ثم يقال : إننا لانحتاج الى الجمع بين عموم الناس مسلطون ، وبين أدلة توقف التصرفات المالكة على الملك الى أزيد من دليل الناس مسلطون على أموالهم الدال بعمومه على الإباحة المطلقة التي منها التصرفات المالكة .

(٣) بالجر صفة لكلمة عموم الواقعة في قوله : حاكم على عموم الناس مسلطون .

(٤) اى على اطلاق الاباحة حتى يشمل التصرفات المالكة .

(٥) هذا تنظير من الشيخ لما افاده في المقام : من حكومة أدلة -

على وجوب الوفاء بالنذر والعهد اذا نذر عتق عبد غيره له ، أو لنفسه فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر .

نعم (١) لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث أمـكن تخصيص كل منهما لاجل الآخر :أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آناً ما ؛ فتأمل (٢)

— لابيع إلا في ملك ، ولا وقف إلا في ملك على عموم الناس مسلطون على أموالهم أي الحكومة المذكورة مثيل حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر ، فإنه لو نذر شخص ، أو عاهد الله على أن يعتق عبد الغير للغير ، أو لنفسه فـلا يجب الوفاء به ، لعدم انعقاد النذر ، لعدم رجحانه فدليل أوفِ بالنذر ، أو العهد وإن كان عاماً لـكنه لايشمل النذر المتعلق بمال الغير ، لأن الشارع إنما يمضي التصرفات الجائزة شرعاً وهي التي لاتتوقف على مال الغير .

وأما المتوقفة على مال الغير كالنذر به ، أو الوفاء به بعد النـذر فلا يشمله النذر .

فلا مجال لتوهم الجمع بين دليل عدم جواز عتق مال الغير ، وبين دليل وجوب الوفاء بالنذر بالملكية القهرية الآنية للناذر ، أو العاهد .

(١) استدراك عما افاده : من أن أدلة لا وطي إلا في ملك ، ولابيع إلا في ملك ،ولا وقف إلا في ملك حاكمة على دليل عموم الناس مسلطون ولا يصح الجمع بينهما بالملكية الآنية، لعدم تعارض وتزاحم بينهما .

وخلاصته أنهلوفرض التزاحم والتعارض من الطرفين وهما : دليل عموم الناس مسلطون ، وأدلة لابيع إلا في ملك ، ولا وقف إلا في ملك:امكن الجمع بينهما بالملكية الآنية القهرية .

(٢) الظاهر أن وجـه الامر بالتأمل هو أن مقتضى القاعدة هو —

وأما (١) حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع ، أو العتق فيما اذا

- التخصيص بين الدليلين على فرض التنافي ، والتزاحم ، لا الجمع لأن النسبة بين الدليلين هو العموم والخصوص من وجه لهما مادة اجتماع ومادتا افتراق .

أما الاجتماع فكما في الناس مسلطون على أموالهم ، فإنه يفيد الاباحة المطلقة حتى المتوقفة على الملك .

ودليل لابيع إلا في ملك يحكم بعدم جواز التصرف في الأموال المتوقفة على الملك ، فتعارض الدليلان فلا يصح سقوطهما فيخصص احدهما : وهو دليل لابيع إلا في ملك الآخر : وهو الناس مسلطون .

وأما مادة الافتراق من جانب لابيع الا في ملك فهي أموال غير المالك ، فإن الناس غير مسلطين عليها .

وأما مادة الافتراق من جانب الناس مسلطون على أموالهم فهي أموال أنفسهم ، حيث إنهم مسلطون على بيعها من دون منافاة ذلك لدليل لابيع إلا في ملك .

(١) هذا دفع توهم نشأ مما افاده قدس سره : من أن مجرد جواز التصرف لايوجب الالتزام بالملك الفرضي الآني فيما نحن فيه ، وهو وطي الجارية المأخوذة بالمعاطاة ، بل لابد من الملكية الحقيقية .

وخلاصة التوهم أنه لو كان مجرد جواز التصرف لايوجب الالتزام المذكور فكيف التزم الفقهاء بالملكية التقديرية فيما لو باع الواهب عبده الموهوب ، أواعتقه في سبيل الله ، فالبيع ، أو الاعتاق دليل على صحة الملكية الفرضية الآنية ، ولولاها لما صح ذلك ، لأن العبد كان موهوباً للغير فمجرد جواز التصرف بالبيع ، أو الإعتاق كاف في الإلتزام المذكور

باع الواهب عبده الموهوب ، أو اعتقه فليس (١) ملكاً تقديرياً نظير (٢) الملك التقديري في الدية بالنسبة الى الميت ، أو شراء (٣)

---

(١) جواب عن التوهم المذكور .

وخلاصته أن الملكيـة في بيع الواهب عبده الموهوب . أو إعتاقه ليست من قبيل الملكية الفرضية .

بل الملكية فيه ملكية حقيقية ناشئة عن وجود سببها وهو فسخ الهبة المنكشف هذا الفسخ بالتصرف المالكي وهو البيع ، أو الإعتاق الكاشف عن رجوع الواهب عن هبته قبل البيع ، أو الإعتاق المتصل هذا البيع أو الإعتاق بآن الرجوع عن هبته ، بناءً على الإكتفاء بمثل هذا الاتصال في الرجوع عن الهبة .

(٢) هذا من متممات الجواب عن التوهم المذكور ايضاً .

اى الملكية في بيع العبد الموهوب ، أو اعتاقه ليست من قبيل ملكية الميت ديته ، لأن تملك الميت ديته تملك فرضي آني

خذ لذلك مثالاً لو قتل زيد عمراً فقد ثبتت في ذمتـه دية المقتول بحكم الشرع ، وبعد الثبوت تنتقـل الدية الى تركتـه فتستوفى منها ديونه لو كانت، وبعد الاستيفاء ينتقل الباقي الى الوراث .

ثم إن هذا الاستيفاء والانتقال يكون بعد صيرورة الدية ملكاً للميت

ومن الواضح أن الميت ليس قابلا للتملك بعد قتله حتى تنتقل ديته الى ديانه : أو وراثه فلابد من الملكية الفرضية الآنية في حقه حتى يصح الاستيفاء والانتقال .

(٣) عطف على قوله : نظير الملك التقـديري اى حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع، أوالعتق ليس من قبيل تملك الانسان عموديه -

العبد المعتق عليه ، بل هو (١) ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع (٢) قبله في الآن المتصل ، بناءً (٣) على الإكتفاء بمثل هذا في الرجوع ، وليس (٤) كذلك فيما نحن فيه .

وبالجملة (٥) فما نحن فيه لاينطبق على التمليك الضمني المذكور أولاً

= أو احدهما ، فإن تملكه لهما تملك فرضي آني ، ليصح الجمع بين الدليلين المتعارضين .

(١) اى حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع ، أو العتق فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب .

(٢) اى عن رجوع الهبة قبل البيع في الآن المتصل بالبيع .

(٣) تعليل للرجوع عن الهبة قبل البيع اى هذا الرجوع مبني على الاكتفاء بمثل هذا الكشف وهو كشف البيع عن الرجوع عن الهبة : في الرجوع .

(٤) اى المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة كما في المعنى الثالث والرابع من الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة ليست مثل بيع العبد الموهوب أو اعتاقه من حيث افادته الملكية الحقيقية الزمانية .

والملكية الفرضية الآنية لاتفيد في المقام كما علمت في ص ٢٦٣ عند قوله : فمقتضاه إمضاء الشارع لاباحة المالك .

(٥) من هنا يروم الشيخ أن يبرهن على أن مانحن فيه وهو المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة بالمعنى الثالث والرابع خارج عن مصداق التمليك الضمني ، وأنه ليس من أفراده : فقال : إن صفوة الكلام: أن مانحن فيه وهي المعاطاة المفيدة للإباحة المجردة ليس من أفراد التمليك الضمني الموجود في قول القائل : اعتق عبدك عني الدال على هذا التمليك الدليل الشرعي المعبر عنه بدليل الإقتضاء .

في اعتق عبدك عني ، لتوقفه (١) على القصد ، ولا على (٢) الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعتق عليه ، لتوقفه (٣) على التنافي بين دليل التسلط ودليل توقف العتق على الملك ، وعدم (٤)

---

(١) تعليل لخروج مانحن فيه عن مفهوم التمليك الضمني اى وجه خروجه عنه هو أن التمليك الضمني متوقف على قصد التمليك المذكور فإن صاحب العبد عند اعتاقه عبده عن القائل : اعتق عبدك عني يقصد تمليكه له أولاً ثم يعتقه عنه .

ومن الواضح أن مانحن فيه ليس فيه قصدالتمليك الضمني ، حيث إن المتعاطيين قاصدان الاباحة المجردة في المعنى الثالث والرابع فمن أين يأتي قصد التمليك الضمني ؟

(٢) اى وكذلك ما نحن فيـه لاينطبق عليه التمليك الآني القهري الموجود في شراء الانسان عموديه ، أو احدهما الذين ينعتق عليهما قهراً .

(٣) تعليل لعدم انطباق التمليك القهري الآني على مانحن فيه .

وخلاصته أن منشأ التمليك الآ ني هو التعارض والتنافي بين الدليلين وهما : دليل الناس مسلطون على أموالهم ، ودليل لاعتق إلا في ملك ، ولا بيع إلا في ملك ،ولا وطي إلافي ملك حتى يصح الجمع بينهما بالملكية القهريةالآ نية اذا قلنا بالتنافي والتزاحم بينهما .

وهذا التنافي والتعارض مفقود في المقام وهوالمعاطاة بالمعنى الثالث والرابع لعدم وجود دليلين متعارضين كما افاد هذا التنافي المدعي بقوله في ص ٢٦١ ودعوى .

(٤) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله : لتوقفه .

هذا من متممات تعليل خروج مانحن فيه عن التمليك الضمني ، اى =

حكومة الثاني على الاول ، ولا على (١) التمليك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب ، وذي الخيار ، لعدم (٢) تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه فلم (٣) يبق إلا الحكم ببطلان الاذن في بيع ماله لغيره ، سواء

ـ ولتوقف التمليك الضمني على عدم حكومة دليل لاوطي إلا في ملك على الدليل الاول : وهو الناس مسلطون .

وقد عرفت أنه حاكم على الدليل الاول كما افاده الشيخ بقوله في ص٢٦٤ وبالجملة دليل عـدم جواز ملك الغير ، أو عتقه لنفسه حاكم على عموم الناس .

(١) في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا وهي خمسة عبارة الكتاب هكذا : ولا على التمليك الضمني .

والصحيح ولا على التملك الضمني ، اذ لا مجال للتمليك الضمني بعدما افاد الشيخ بقوله في ص ٢٦٧ : (فليس ملكاً تقديرياً نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة الى الميت ، أو شراء العبد المعتق عليه ، بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع) .

فهنا تملك ضمني ، لأن البايع ببيعه العبد الموهوب يرجع عن هبته الكاشف هذا البيع عن سبق الملك للبايع قبل بيعه .

(٢) تعليل لعـدم انطباق ما نحن فيه على التمليك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب عبده الموهوب .

وخلاصته أن المعاطاة بالمعنى الثالث والرابع لايوجد فيه تحقق سبب الملك كما كان يوجد سببه في بيع الواهب عبده الموهوب وهو فسخه هبته ببيعه العبد ، لكشف البيع عن سبق الملك للواهب برجوعه عن هبته .

(٣) الفاء تفريع على ما افاده : من عدم انطباق التمليك الضمني والآني . والملك الحقيقي على المعاطاة بالمعنى الثالث والرابع . ـ

صرح بذلك كما لو قال : بع مالي لنفسك ، أو اشتر بمالي لنفسك ، أم ادخله في عموم قوله : ابحت لك كل تصرف ، فاذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازماً ، بناءً على أن قصد البايع البيع لنفسه غير مؤثر ، أو موقوفاً على الاجازة ، بناءً على أن المالك لم ينو تملك الثمن هذا (١)

ولكن (٢) الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد رحمها الله في باب بيع الغاصب : أن تسليط المشتري البايع الغاصب على الثمن والاذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به (٣) شيئاً ، وأنه يملك الثمن بدفعه اليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء (٤)

- وخلاصته أنه على ضوء ماذكرنا فلو باع احد المتعاطيين ما اخذه بالمعاطاة بالمعنى الثالث والرابع فقد باع مال غيره فيكون البيع باطلاً وإن اذن له المالك ببيع ماله لغيره ، فيقع البيع للمالك مع اجازة المالك هذا البيع الذي وقع للمباح له ، بناءً على عدم قصد المالك تملك الثمن .

(١) اى خذ ما تلوناه عليك حول المعاطاة بالمعنى الثالث والرابع من شتى جوانبه .

(٢) من هنا يروم الشيخ أن يرجع عما افاده : من بطلان بيع مال غيره لنفسه ، وأن البيع يقع للمالك ، ويريد أن يقول بوقوع البيع للمباح له فاستدل على ذلك بأقوال الفقهاء:منهم قطب الدين والشهيد الاول وقد ذكر الشيخ ما افاده العلمان في هذا الموضوع فلا نعيده .

(٣) اى بهذا الثمن الذي حصل إزاء المبيع المغصوب .

(٤) لأن الغاصب يملك الثمن على هذا التقدير فلا مجال لاجازة المالك ، لعدم تأثير هذه الاجازة .

ويظهر (١) ايضا من محكي المختلف ، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين (٢) مغصوبة . أن له وطي الجارية ، مع علم البايع بغصبية الثمن فراجع .

ومقتضى (٣) ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وان لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك ، فتأمل (٤) وسيأتي توضيحه في مسألة البيع الفضولي إن شاء الله .

وأما الكلام في صحة الاباحة (٥) بالعوض ، سواءً صححنا اباحة التصرفات المتوقفة على الملك ام خصصنا الإباحة بغيرها (٦) ، فمحصله (٧)

---

(١) هذا استشهاد ثانٍ من الشيخ لمدعاه قد استشهده من كتاب العلامة

(٢) لايخفى على الفطن أن شراء الجارية بعين مغصوبة عكس المسألة الاولى التي هو شراء البايع الغاصب بثمن المبيع شيئاً ، حيث إن المغصوب في الاولى المثمن ، وفي الثانية الثمن .

(٣) من هنا يريد الشيخ أن يأخذ النتيجة بعد استشهاده بكلمات هؤلاء الأعلام فقال : ومقتضى ذلك اى ومقتضى كلام الشهيد والعلامة .

(٤) لعل وجه التأمل أن التسليط في كلام العلامة والشهيد بقولهما : إن تسليط المشتري البايع الغاصب على الثمن : يكون على وجه التمليك في الثمن كما في كلام الشهيد ، ويكون في المثمن كما في كلام العلامة .

(٥) سواءً أ كانت الاباحة ازاء تمليك كما في الوجه الثالث من الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة المفيدة للاباحة ام ازاء اباحة اخرى كما في الوجه الرابع من الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة .

(٦) اى بغير المتوقفة على الملك .

(٧) اى خلاصة الكلام في صحة الإباحة بالعوض .

أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية (١) ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر .

بل كلاهما (٢) ملك للمبيح إلا أن المباح له يستحق (٣) التصرف فيشكل (٤) الامر فيــه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا وعرفاً (٥) ، مع التأمل في صدق التجارة عليها (٦) ، فضلا عن البيع

---

(١) الظاهر أن المراد من الماليـة هي التمليكية ، اى ليست الإباحة المعوضة هنا معاوضة تمليكية ، ولولا هذا التفسير لتوجه عليه سؤال كيف لاتكون هذه الإباحة معاوضة مالية ، مع أن كلاً من المتعاطيين قد تعاطيا بالمال ؟

ثم بناءً على عدم افادة مثل هـذه الإباحة المعاوضة التمليكية يستفاد منها اثرها : وهو جواز التصرفات ، خصوصا على القول بأن الإباحة المجردة تفيد جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك .

وهذا نظير الملكية المتزلزلة كما في البيع الخياري

(٢) اى كلا العوضين الذَين ابيحا من قبل كل واحد من المتعاطيين للآخر .

(٣) لايخفى أن مجيء هذا الاستحقاق كان من ناحية التعويض

(٤) جواب للشرط المذكور في قوله : وأما الكلام .

(٥) لانسلم خروج مثل هذه المعاوضة عن مفهوم المعاوضات العرفية لوجودها عند العرف في جميع الأعصار والأصقاع .

(٦) اى على مثل هذه المعاوضات .

الظاهر عدم التأمـل هنا ، لصدق التجارة عن تراضٍ ، لأن معنى التجارة هو البيع والشراء،الاخذ والإعطاء وهذا المعنى موجود في المعاطاة ـ

إلا أن يكون نوعاً من الصلح ، لمناسبة له لغة(١) ، لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لايشترط فيه (٢) لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار الدال على صحته (٣) بقول المتصالحين : لك ماعندك ولي ماعندي (٤) ونحوه ماورد في مصالحة الزوجين (٥)

ولو كانت (٦) معاملة مستقلة كفى فيها (٧) عموم الناس مسلطون على أموالهم ، والمؤمنون (٨) عند شروطهم .

= من غير نكير ، والأثر الخارجي وهو النقل والإنتقال مترتب على مثل هذه المعاطاة :

(١) المرادمن التناسب لغة هنا هو توافق معنى المعاطاةمع معنى الصلح الذي هو التسالم ، فإن كل واحد من المتعاطيين يبيح التصرف للآخر فيما اعطاه له فيتسالمان ويتفقان على ذلك .

(٢) اى في عقد الصلح لا يحتاج الى كلمة صالحتك ، بل يُكتفى بكل لفظ يدل عليه .

(٣) اى صحة الصلح .

(٤) راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٣ . ص ١٦٥ - ١٦٦ - الباب ٥ من أبواب الصلح . الحديث ١ . فليس في الحديث لفظ صالحتك .

(٥) المصدر نفسه . الجزء ١٥ . ص ٩٠ - ٩٢ . الباب ١١ - . الأحاديث .

(٦) اى المعاطاة التي قصد بها الإباحة .

(٧) اى في صحتها

(٨) اى وكفى في صحة المعاطاة ايضا المؤمنون عند شروطهم ، لاشتراط الإباحة فيها فيشملها .

وعلى تقدير الصحة ففي لزومها (١) مطلقا ، لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف المباح له (٢) ، حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح ، حيث إن ماله باق على ملكه ، فهو مسلّط عليه (٣)

أو جوازها (٤) مطلقا وجوه (٥)

---

(١) اى لزوم المعاطاة مطلقا اى من الطرفين : المبيح والمباح له هذا هو الوجه الاول .

(٢) اى تكون المعاطاة لازمة من ناحية المباح له ، دون المبيح هذا ثاني الوجوه .

لايخفى أن صدق الفرض فيما لو كان المقصود من المعاطاة إباحة بازاء تمليك كما في الوجه الثالث من الوجوه الاربعة المتصورة للمعاطاة الذى اشير اليه في ص ٢٥٢ ، حيث إن احد المتعاطيين في هذا الوجه قصد الإباحة فماله باق على ملكه ، والثاني منهما قصد التمليك فاخرج المال عن ملكه .

وأما الوجه الرابع المذكور في ص ٢٥٢ فلا يصدق الفرض ، لأن كل واحدمن المتعاطيين مبيح ومباح له ، ولم يقصد تمليك ماله للآخر .

فكيف يصدق اللزوم من ناحية ؟

(٣) اي على ماله ، لأن المال لا يزال في ملك المبيح فهو مسلّط عليه ، لكونه ملكه .

(٤) هذا ثالث الوجوه اى جواز المعاطاة مطلقا من طرف المبيح والمباح له .

(٥) اى ثلاثة ، وقد عرفتها بقولنا آنفاً : هذا هو الوجه الاول هذا ثاني الوجوه . هذا ثالث الوجوه .

أقواها اولها (١) ، ثم أوسطها (٢)

وأما حكم الإباحة بالإباحة فالإشكال فيه ايضا يظهر مما ذكرنا في سابقه (٣) والأقوى فيها ايضا الصحة واللزوم ، للعموم ، أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط .

(الخامس) (٤) : في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود (٥) وعدمه (٦)

اعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد على ما حُكي عنه أن في كلام بعضهم مايقتضي اعتبار المعاطاة في الاجارة ، وكذا في الهبة وذلك لأنه اذا امره بعمل على عوض معين فعمله استحق الاجرة (٧)

ولو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل ، ولم يستحق اجرة مع علمه بالفساد (٨)

---

(١) وهي افادة المعاطاة اللزوم مطلقا : من طرف المبيح ومن طرف المباح له .

(٢) وهي افادة المعاطاة اللزوم من طرف المباح له ، دون المبيح

(٣) في ص ٢٧٢ عند قوله : ومحصّله أن هذا النحو من الإباحة المعاوضة ليست معاوضة ، الى آخر ماذكره .

(٤) اى الامر الخامس من الامور التي اشار اليها الشيخ في ص ٢١٨ بقوله : وينبغي التنبيه على امور :

(٥) كالاجارة والهبة .

(٦) اى وعدم جريان المعاطاة في غير البيع : من الاجارة والهبة

(٧) اى اجرة المسمى .

(٨) اى بفساد الإجارة .

وظاهرهم (١) الجواز بذلك

وكذا لو وهب بغير عقد ، فإن ظاهرهم جواز الإتلاف ، ولو كانت هبة فاسدة لم يجز (٢) ، بل يُمنع من مطلق التصرف .

وهي (٣) ملاحظة وجيهة انتهى (٤)

وفيه (٥) أن معنى جريان المعاطاة في الاجارة على مذهب المحقق الثاني الحكم بملك المأمور الاجر المعين على الآمر ، وملك الآمر العمل المعين على المأمور به ولم نجد من صرح به (٦) في المعاطاة .

- وأما في صورة عدم العلم بالفساد فالاجارة صحيحة يستحق عليها الاجرة .

(١) اى ظاهر الفقهاء جواز ايقاع الاجارة بهذه الكيفية .

(٢) اى الإتلاف ، لأنه مال الغير .

(٣) هـذا قول المحقق الثاني يريد أن يؤيد ما افاده بعض الفقهاء في هذا المقام .

(٤) اى ما افاده المحقق الثاني نقلاً عن بعض الفقهاء في هذا المقام

(٥) من هنا كلام الشيخ يريد أن يستشكل على ما افاده المحقق الثاني في جريان المعاطاة في الإجارة والهبة حرفياً اى فيما افاده المحقق الثاني نظر واشكال .

هذا هو الإشكال الاول على ما افاده المحقق الثاني : من تملك المأمور الاجر المعين لو امره الآمر بعمل .

وقد ذكر الإشكال في المتن فلا نعيده .

(٦) اى بالحكم المذكور : وهو تملك المأمور العوض المعين .

وأما (١) قوله : لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر ، لأن فساد المعاملة لايوجب منعه عن العمل ، ولا سيما اذا لم يكن العمل تصرفاً في عين من أموال المستأجر (٢)

وقوله (٣): لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع،لأن الظاهر ثبوت اجرة المثل ، لأنه لم يقصد التبرع وإنما قصد (٤) عوضاً لم يُسلَّم اليه .

---

(١) اى قول المحقق الثاني .

هـذا هو الإشكال الثاني على ما افاده المحقق : من أن الاجارة لو كانت فاسدة .

وخلاصته أن فساد المعاملة على فرضه لايصير سببا لمنع الانسان عن الإقدام في العمل ، وعدم استحقاقه الاجرة لو اقدم عليه ، فلو امر زيد عمراً لنقل الماء له من النهر بعوض معين قدّره دينار واحد فقد استحق عمرو العوض المعين وان كانت الاجارة فاسدة .

(٢) كما مثلنا بقولنا : فلو امر زيد عمراً ، فإن اقدام عمرو على نقل الماء من النهر لم يكن فيه تصرف في عين من أموال الآمر الذي هو المستأجر لأنه لو كان هناك عين وتصرف المأمور فيها يكون تصرفاً بغير رضاه ، لأن الاجارة فاسدة ، والرضا الموجود في ضمن العقد الفاسد ملغى ، ولذا يكون المقبوض بالعقد الفاسد في حكم الغصب .

(٣) هذا هو الإشكال الثالث على ما افاده المحقق الثاني : من عدم استحقاق المأمور الاجرة مع علمه بفساد الاجارة .

وقد ذكر الاشكال الشيخ في المتن فلا نعيده .

(٤) اى المأمور قصد عوضاً لايصح التسليم له ، لفساد الاجارة وان وجب اعطاؤه من باب استحقاقه اجرة المثل .

وأما (١) مسألة الهبـــة فالحـكم فيهـــا بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها ، إلا اذا قلنا في المعاطاة بالإباحة ، فإن جماعة كالشيخ والحلي والعلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيـــد الاباحة ، دون الملك .

لـكن المحقق الثاني رحمه الله ممن لايرى كون المعاطاة عند القائلين بها مفيدة للإباحة المجردة .

وتوقف الملك في الهبة على الايجاب والقبول كاد أن يكون متفقاً عليه كما يظهر من المسالك (٢)

ومما ذكرنا (٣) يظهر المنع في قوله : بل مطلق التصرف هذا (٤)

ولـكن (٥) الأظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيـع جريانها في غيره:

---

(١) هذا هو الإشكال الرابع على ما افاده المحقق الثاني : من أنه لو وهب بغير عقد . وقد ذكر الشيـخ الإشكال في المتن فلا نعيده .

(٢) فعلى هذا الاتفاق لايصح جريان الهبة بغير عقد .

(٣) وهو أن الهبة المجردة عن الصيغة تفيد الاباحة ، دون الملك عند الشيـخ والحلي والعلامة ، فما افاده المحقق الثاني : بقوله : ولو كانت هبة فاسدة لم يجز ، بل يُمنع من التصرف : ممنوع ، لأن الإباحـة تفيـد التصرف في الموهوب فلا يكون الموهوب له ممنوعاً عن مطلق التصرف .

(٤) اى خذ ما تلوناه عليك حول ما اوردناه على المحقق الثاني : من شتى جوانبه .

(٥) من هنا يريد الشيخ أن يهـــدم ما اورده على المحقق ويوافقه فيما افاده : من جريان المعاطاة في الاجارة والهبة .

من الاجارة والهبة ، لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما .

وظاهر المحكي عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع ، وغيره (١) حيث قال في باب الرهن : إن الخلاف في الإكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب (٢) والايجاب عليه المذكور في البيع آت هنا .

لكن استشكله (٣) في محكي جامع المقاصد : بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع ، بخلاف ماهنا (٤)

ولعل وجه الإشكال عدم تأدي المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي اجروها في البيع ، لأنها (٥) هناك إما مفيدة للاباحة ، أو الملكية الجائزة على الخلاف (٦)

والاول (٧) غير متصور هنا .

---

(١) وهي الاجارة والهبة .

(٢) المراد منه المشتري ، حيث يطلب من البايع البيع .

والمراد من الايجاب البايع ، حيث يوجد البيع بهذا الاستيجاب ويكتفي به ، من دون قبول من المشتري .

(٣) اى المحقق الثاني ، والباء في بأن البيع ثبت فيه بيان لكيفية إشكال المحقق الثاني .

(٤) وهو الرهن .

(٥) اى المعاطاة في باب البيع إما تفيد الاباحة المجردة ، أو الاباحة الجائزة المعبر عنها بالملكية المتزلزلة .

(٦) اى الخلاف الواقع بين الفقهاء في أن المعاطاة مفيدة لتلك ، أو لهذه .

(٧) وهي الإباحة المجردة غير متصورة في باب الرهن ، لأن الاجماع -

وأما الجواز (١) فكذلك ، لأنه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن ، خصوصاً بملاحظة أنه لايتصور هنا (٢) مايوجب رجوعها (٣) الى اللزوم ، ليحصل به (٤) الوثيقة في بعض الأحيان .

وإن جعلناها (٥) مفيدة للزوم كان مخالفاً لما اطبقوا عليه : من توقف العقود اللازمة على اللفظ .

- قائم على لزوم الرهن من طرف الراهن ، واللزوم متوقف على الايجاب والقبول اللفظيين ، وقائم ايضا على عدم لزوم ما يُنشأ بالفعل .

ومقتضى الاجماعين بطلان المعاطاة في الرهن ، لأن الحكم بصحة المعاطاة فيه ملازم للزوم الرهن من طرف الراهن وهو مخالف مع الاجماع القائم على عدم لزوم ما يُنشأ بالفعل ، فالاباحة المجردة لاتلائم الرهن .

(١) وهي افادة المعاطاة الملكية المتزلزلة فغير متصورة ايضا في الرهن لأن الجواز بمعنى الملكية المتزلزلة مناف للوثيقة التي بها قوام مفهوم الرهن وحقيقته ، ولا سيما مع ملاحظة عدم امكان تصور مايوجب في الرهن رجوع المعاطاة الى اللزوم حتى يحصل به الوثوق الذي هو قوام الرهن .

(٢) اى في باب الرهن كما عرفت آنفاً .

(٣) اى رجوع المعاطاة كما عرفت آنفاً .

(٤) أي بهذا اللزوم كما عرفت آنفاً .

(٥) أى المعاطاة لو جعلناها لازمة : بمعنى أنها تفيد الملكية اللازمة لا المتزلزلة حتى يصح وقوعها في الرهن يكون هذا الجعل مخالفاً للاجماع القائم على أن العقود اللازمة متوقفة على اللفظ .

ومن الواضح أن المعاطاة تنشأ بالفعل ليس فيها لفظ والرهن من العقود اللازمة وان كان اللزوم فيه من جانب واحد وهو الراهن .

وكأن هذا (١) هو الذي دعا المحقق الثاني الى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الاجارة والهبة والقرض ، والاستشكال في الرهن (٢)

نعم من لايبالي مخالفة ماهو المشهور ، بل المتفق عليه بينهم : من (٣) توقف العقود اللازمة على اللفظ ، أوحمل (٤) تلك العقود على اللازمة من الطرفين ، فلا (٥) يشمل الرهن ، ولذا (٦) جوز بعضهم الايجاب

---

(١) وهي افادة المعاطاة الملكية اللازمة التي مخالفة لاطباق الفقهاء على أن العقود اللازمة متوقفة على الألفاظ ، والمعاطاة خالية منها .

(٢) اى استشكل المحقق الثاني في وقوع المعاطاة في الرهن ، حيث إن الرهن قد اُخذ في مفهومه الوثوق الذي به قوام الرهن وهو مع الملكية الجائزة غير متصور ، ومع اللزوم مخالف لاطباق الفقهاء على توقف العقود اللازمة على الألفاظ .

(٣) كلمة من بيان لقوله : بل المتفق عليه اى المتفق عليه عبارة عن توقف العقود اللازمة على اللفظ .

(٤) اى من لايبالي بمخالفة المشهور : وهو اتفاق الفقهاء على توقف العقود اللازمة على اللفظ حمل تلك العقود اللازمة على اللازمة من الطرفين لامن طرف واحد كما في الرهن ، حيث إنه لازم من طرف الراهن فهذا لايحتاج الى اللفظ .

(٥) الفاء تفريع على ما أفاده هذا الذي لا يبالي ، اي فعلى ضوء ماذكره هذا : من حمل العقود اللازمة على اللازمة من الطرفين فلا يشمل اتفاق الفقهاء على أن العقود اللازمة متوقفة على اللفظ : الرهن ، لأنه لازم من طرف واحد .

(٦) تعليل من الشيخ لما افاده القائل : من حمل العقود اللازمة ـ

بلفظ الامر كخذه ، والجملة الخبرية

امكن (١) أن يقول بافادة المعاطاة في الرهن اللزوم ، لاطلاق بعض أدلة الرهن (٢)

ـ على اللازمة من الطرفين ، اى ولأجل الحمل المذكور اجاز بعض الفقهاء ايجاب الرهن بلفظ الامر كخذه ، أوالجملة الخبرية كاعطيتك ، مع أن الرهن له ألفاظ خاصة كارهنتك هذا .

(١) فعل ماض فاعله جملة أن يقول المرفوعة محلا

والفاعل في أن يقول كلمة مَن الموصولة في قوله : من لايبالي ، وجملة أمكن أن يقول مرفوعة محلا خبر للمبتدأ المتقدم وهي كلمة مَن الموصولة

والمعنى أن مَن لايبالي باتفاق الفقهاء على توقف العقود على اللفظ أو حمل تلك العقود على العقود اللازمة من الطرفين يمكنه أن يقول بوقوع المعاطاة في الرهن وأنه مفيد للزوم وإن كان الرهن لازماً من طرف واحد وهو الراهن .

(٢) راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٣ . ص ١٢١ . الباب ١١ - الأحاديث .

اليك نص الحديث الاول .

عن عبدالله بن سنان قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام في الحيوان والطعام ، ويرتهن الرجل بماله رهناً .

قال : نعم استوثق بمالك

فجملة استوثق بمالك مطلقة ليس فيها اعتبار اللفظ في الرهن فيقع به ، وبغيره .

فبهذا الاطلاق الوارد في الحديث ، وبعدم قيام الاجماع على عدم لزوم الرهن لو وقع بالمعاطاة نقول بوقوع المعاطاة في الرهن .

ولم يقم هنا (١) اجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات .

ولاجل ماذكرنا في الرهن (٢) يُمنع من جريان المعاطاة في الوقف: بأن (٣) يكتفى فيه بالإقباض ، لأن (٤) القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم : من توقف اللزوم على اللفظ ، والجواز غير معروف في الوقف من الشارع .

فتأمل (٥)

---

(١) اى في الرهن لم يقم اجماع على أنه لو وقع بالمعاطاة لا يفيد اللزوم .

(٢) وهو عدم امكان وقوع المعاطاة في الرهن ، لمنافاة الجواز للوثيقة المطلوبة فيه ، واللزوم مخالف لاطباق الفقهاء على توقف العقود اللازمة على اللفظ ، والمعاطاة يقع بالفعل .

فنفس الملاك بعينه موجود في الوقف المطلوب فيه التحبيس المطلق ، فلا يصح وقوع المعاطاة في الوقف .

ومعنى جريان المعاطاة في الوقف هو الإكتفاء بالإقباض فيه من جانب الواقف من دون توقفه على اللفظ ، سواءٌ أكان القابض هو الواقف أم غيره : بأن ينصب له ولياً .

(٣) الباء بيان لكيفية جريان المعاطاة في الوقف .

وقد عرفت الكيفية بقولنا : ومعنى جريان المعاطاة .

(٤) تعليل لامتناع وقوع المعاطاة في الوقف وقد عرفته عند قولنا : فنفس هذا الملاك .

(٥) لعل وجهه : أن إتفاق الفقهاء على كون العقود اللازمة متوقفة على اللفظ إنما هو في المعاوضات ، لافي الوقف . =

نعم يظهر الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد (١) من الذكرى تبعاً للشيخ رحمه الله ٠

ثم إن الملزم (٢) للمعاطاة فيما تجري فيه من العقود الاخر هو الملزم في باب البيع كما سننبه به (٣)

(الامر السادس) (٤) في ملزمات المعاطاة على كل من القــول بالملك (٥) والقول بالاباحة (٦)

= وأما عدم معروفية جواز وقوع المعاطاة في الوقف فلا يضر اذا دل الدليل عليه .

(١) كمن اقدم على تأسيس مسجد فنفس الاقدام على بناءه خارجاً يكون وقفاً فلا يحتاج وقف هذا المسجد الى إنشاء صيغة الوقف ، فيصح وقوع المعاطاة في مثل هذا الوقف .

(٢) خلاصة هذا الكلام أن كل شيء يكون ملزماً للمعاطاة الجاربة في البيع يكون هو الملزم للمعاطاة الجارية في غيره : من العقود الاخرى كالاجارة والهبة والرهن والوقف ، بناءً على جريانها فيها .

(٣) اى بهذا الالزام في الامر السادس المصوغ للكبرى الكلية : وهو ان كل شيء يكون ملزماً للمعاطاة الجارية في البيع يكون هو الملزم لها اذا جرت في العقود الاخرى .

(٤) اى من الامور التي ذكرها الشيخ في ص ٢١٨ بقوله : وينبغي التنبيه على امور :

(٥) وهي الملكية التي افادها الشيخ في ص ٧١ بقوله : ولابد اولاً من ملاحظة أن النزاع في المعاطاة .

(٦) اى الاباحة المجردة عن الملك .

اعلم أن الاصل (١) على القول بالملك اللزوم ، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة (٢)

---

(١) وهو الاصل العقلائي الذي اشرنا اليه في ص ١٦٨

(٢) قد عرفت أن الوجوه تسعة لا ثمانية وقد ذكرناها لك بتمامها . اليك الوجوه من البداية الى النهاية .

(الاول) : الأصل العقلائي المشار اليه في ص ١٦٨ .

(الثاني) : الاستصحاب المشار اليه في الهامش ١ ص ١٦٩ .

(الثالث) : قوله صلى الله عليه وآله وسلم : إن الناس مسلطون على أموالهم المشار اليه في الهامش ٢ ص ١٧٨ .

(الرابع) : قوله عليه السلام : لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه المشار اليه في الهامش ٥ ص ١٨٠

(الخامس) : قوله تعالى : إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ المشار اليه في الهامش ٣ ص ١٨٣ .

(السادس) : جملة المستثنى منها في قوله تعالى : وَلَا تَأْكُلُوا أَموَالَكُم بَينَكُم بِالبَاطِلِ المشار اليها في الهامش ٤ ص ١٨٤ .

(السابع) : قوله صلى الله عليه وآله وسلم : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع المشار اليه في الهامش ٢ ص ١٨٨ .

(الثامن) : قوله تعالى : أَوفُوا بِالعُقُودِ المشار اليه في الهامش ٨ ص ١٨٨ .

(التاسع) : قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم المشار اليه في الهامش ٣ ص ١٩١ .

هذه هي الأدلة التي اقامها الشيخ على مدعاه : وهي افادة المعاطاة اللزوم وهي تسعة كما عرفتها .

وأما على القول بالاباحــة فالاصل (١) عدم اللزوم ، لقاعدة (٢) تسلط الناس على أموالهم ، وأصالة (٣) سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة

---

(١) المراد منه هو الاستصحاب الازلي: ببيان أن المعاطاة قبل وقوعها لم تكن لازمة اصلا ، وبعد الوقوع وافادتها الإباحة المجردة نشك في لزوم مثل هذه الاباحة فنجري استصحاب ذلك العدم .

(٢) تعليل لعدم افادة مثل هذه الاباحة اللزوم .

وخلاصته : أن المعاطاة لما لم تفد سوى الاباحة المجردة فيجوز للمالك الاصلي الرجوع فيما اعطاه لصاحبه له ازاء ماعطاه صاحبــه له ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : إن الناس مسلطون على أموالهم ،حيث إن السلطنة العامة المستفادة من الحديث المذكور افادت الاباحة المجردة عن الملك فيصح للآخذ التصرف فيما اخذه من المعطي الى وقت لم يرجع صاحبه فيه فاذا رجع اخذ ما اعطاه له ، لمقتضى سلطنته العامة .

وأما الاباحة اللازمة فلا تستفاد من العموم المذكور في الحديث .

(٣) بالجر عطفاً على مجرور (اللام الجارة) في قوله : لقاعــدة تسلط الناس اى ولأصالة سلطنة المالك .

يريد الشيخ قدس سره يقول : إن لنا دليلين على عدم افادة المعاطاة اللزوم على القول بافادتها الاباحة .

(الاول) : قاعدة إن الناس مسلطون على أموالهم .

(الثاني) : استصحاب بقاء سلطنة المالك التي كانت ثابتة قبــل المعاطاة المفيدة للإباحة المجردة فبهذا الإعطاء الذي حصل به الاباحة المجردة نشك في زوال سلطنــة المالك فنستصحبها فيجوز للمالك التصرف في ماله بالرجوع اليه مادام موجوداً .

وهي (١) حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها (٢)

اذا عرفت هذا (٣) فاعلم أن تلف العوضين ملزم (٤) اجماعاً على الظاهر المصرّح به (٥) في بعض العبائر .

أما على القول بالإباحة فواضح (٦)

---

(١) هذا دفع وهم .

حاصل الوهم أن لنا في المقام استصحاباً آخر :وهو استصحاب بقاء الإباحة الحاصلة من المعاطاة والثابتة بها فعند الشك في زوالها نستصحبها فلا يبقى مجال لاستصحاب بقاء سلطنة المالك التي قد زالت بالمعاطاة وانقطعت بها بتياً .

فاجاب الشيخ عن الوهم ماخلاصته : أن استصحاب بقاء الإباحة الثابتة بالمعاطاة على فرض جريانها تكون محكومة عند وجود استصحاب بقاء سلطنة المالك الثابتةقبل المعاطاة ، فالاستصحاب هذا يكون حاكماً على ذاك الاستصحاب .

(٢) الظاهر أن عدم جريان أصالة الاباحة لاحتمال كون موضوع الاباحة الشرعية هو تمليك المالك من حيث الحدوث والبقاء فعند الرجوع عن تمليكه لم يبق موضوع للإباحة الشرعية .

(٣) اى ماتلوناه عليك : من اللزوم في المعاطاة على القول بافادتها الملكية ، وعدم اللزوم على القول بافادتها الاباحة .

(٤) أى يكون البيع المعاطاتي لازماً اذا تلف الثمن والمثمن .

(٥) اى بهذا الاجماع القائم على لزوم المعاطاة عند تلف العوضين

(٦) اى لزوم المعاطاة عند تلف العوضين .

لأن (١) تلفهما من مال المالك ولم يحصـــل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه (٢)

وتوهم (٣) جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء

وأما على القول بالملك (٤) فلما عـــرفت (٥) : من أصالـــة اللزوم والمتيقن (٦)

---

(١) تعليل لـكون تلف العوضين ملزِماً للمعاطاة على القول بافادتها الإباحة المجردة .

ثم إن في جميع نسخ المكاسب الموجودة عندنا : الخطية والمطبوعة بتوحيد الضمير في قوله : لأن تلفه ، والصحيح كما اثبتناه بتثنيته ، اذ المرجع كلمة العوضين في قوله : فاعلم أن تلف العوضين ملزِم اجماعاً ، فلابد من التطابق .

(٢) لأن المعاطاة افادت الإباحة وهي لاتوجب الضمان .

(٣) اى لو تُمسك (بقاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدي) على الضمان هنا فيأتي الجواب عنه في ص ٢٩٨ عند قوله : بأن هذه اليد قبل تلف العين لاتـكون يد ضمان .

وخلاصة الجواب : أن اليد قبل تلف العين لم تـكن يد ضمان ، وبعد التلف نشك في الضمان فتستصحب عدم الضمان السابق .

(٤) الذي افاده الشيخ في ص ٧١ عند قوله : الظاهر عند الخاصة والعامة هو المعنى الثاني .

(٥) في قوله ص ٢٨٦ : اعلم أن الاصل على القول بالملك اللزوم .

(٦) دفع وهم

حاصل الوهم : أنه اذا جاز الرجوع لـكل واحد من المتعاطيين الى عينه =

. . . .

ــــــــــــــــــــ

= عندوجودهماالمعبر عن‌هذا الرجوع بجواز التّراد فقد جاز الرجوع عند وجود احداهما وتلف الاخرى ايضاً ، ثم يؤتى بدل التالفة بالمثل اذا كان مثلياً أو القيمة اذا كان قيمياً .

فاجاب الشيخ عن الوهم المذكور ماحاصله : أن جواز الرجوع للمتعاطيين في عينيهما مخالف للاصل في المعاطاة الذي هو اللزوم كما عرفت في ص٢٨٦ : من أن الاصل على القول بالملك اللزوم .

فحينئذ يقتصر في جواز الرجوع على وجود العينين فقط .

وأما مع وجود احداهما فلا ، لئلا يلزم مخالفة الاصل الاصيل .

فالحاصل أن الجواز والعدم دائران مدار وجود العينين وعدمهما فإن وجدتا معاً جاز الرجوع ، للاقتصار على مخالفة الاصل على موضع اليقين ، وإن لم توجدا معاً ؛ بل وجدت احداهما فلايجوز الرجوع ، لئلا يلزم المحذور المذكور .

ثم إن‌هاهناصوراً كثيرة لجواز الرجوع وعدمه بالنسبة الى تحقق موضوع التّراد وعدمه ترتقى الى تسعة وعشرين صورة .

وقد استخرجنا هذه الصور من هذا الكنز الذي هو أهم تراث فقهي (للفقه الامامي) ، وذكرنا كلها ، لما فيها من فوائد جمة لايستغني عنها الفقيه فضلاً عن المتفقه .

والعجب من الشراح الكرام ، والمعلقين العظام لم يشيروااليها ، مع‌مابها من تلك الفوائد .

ونحن نذكرها بتمامها عند مايذكرها الشيخ ، ونشير الى كل واحدة منها تحت رقمها الخاص . =

من مخالفتها جواز تراد العينين ، وحيث (١) ارتفع مورد التراد امتنع ، ولم يثبت (٢)

= فاغتنمها أيها القارىء النبيل ، وانظر اليها نظرة إكبار وإجلال .

(الصورة الأولى) : هو وجود العينين ، فإنه يجوز للمتعاطيين الرجوع فيما تعاطيا عليه مادامتا موجودتين ، لتحقق مورد التراد : وهو وجود العينين .

وقد اشار الشيخ الى هذه الصورة بقوله : والمتيقن من مخالفتها .

(١) تعليل لعدم جواز الرجوع في المأخوذ بالمعاطاة اذا تلفت احدى العينين ، اى وحيث ارتفع موضوع التّراد : وهو وجود العينين فقد امتنع التّراد ، لانتفاء موضوعه بتلف احدى العينين .

(٢) هذا دفع وهم .

حاصل الوهم : أنه قبل تلف العينين وهو وجودهما يجوز الرجوع اليهما ، وعند تلف احداهما ، ووجود الاخرى نشك في الرجوع فنستصحبه لوجود أركان الاستصحاب : وهو اليقين السابق ، والشك اللاحق ، فيرجع احد المتعاطيين بالعين الموجودة ، والآخر بمثل العين التالفة ، اذا كان التالف مثلياً ، وبالقيمة اذا كان قيمياً .

فاجاب الشيخ عن الوهم المذكور ماحاصله : إن احد أركان الاستصحاب الذي هو الموضوع غير محرز هنا ، لأن موضوع جواز التّراد هو وجود العينين وشخصهما ، لا العين الواحدة كما فيما نحن فيه ، حيث تلفت احداهما وبقيت الاخرى ، فلا مجال للاستصحاب المذكور .

(لايقال) : إن موضوع الاستصحاب هنا محرز وهي نفس المعاملة التي هي المعاطاة وهي موجودة في العين الواحدة ، وفي العينين ، فيصح =

قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب (١) بعد التلف ، لأن هذا الجواز من عوارض العقد (٢) ، لا العوضين (٣) ،

ـ جريان استصحاب الرجوع في العين الواحدة ايضا .

(فإنه يقال) : إننا نشك في أن موضوع جواز التراد هل هو اصل المعاملة ، أو الرجوع في العين حتى يجري الاستصحاب ، أو تراد العينين حتى لايجري الاستصحاب ، والشك كاف في عدم جريان الاستصحاب .

(لايقال) : إن ما نحن فيه وهو وجود احدى العينين في الماخوذ بالمعاطاة نظير جواز المعاملة في البيع الخياري اذا تلف الثمن عند البايع في زمن خيار المبيع فيجوز للمشتري الرجوع الى ثمنه اخذ مثله اذا كان مثليا ، أو قيمته اذا كان قيمياً مثلاً فكما جاز الرجوع هناك يجوز الرجوع هنا .

(فإنه يقال) : فرق بين المقيس وهو وجود احدى العينين في المأخوذ بالمعاطاة ، وبين المقيس عليه وهو البيع الخياري ، حيث إن جواز الرجوع في البيع الخياري عند التلف قد تعلق بنفس العقد فاذا تلف احد العوضين جاز الرجوع ، لبقاء موضوعه وهو العقد ، فيستصحب .

وفي المأخوذ بالمعاطاة قد تعلق جواز الرجوع بنفس العوضين فاذا تلف احدهما لايصح الرجوع ؛ لانتفاء موضوعه وهي نفس العوضين فلا يستصحب

(١) اى جواز الرجوع في الماخوذ بالمعاطاة كما عرفت عند قولنا : وفي المأخوذ بالمعاطاة قد تعلق جواز .

(٢) كما في البيع الخياري الذي عرفته عند قولنا : حيث إن جواز الرجوع .

(٣) كما في المعاملة المعاطاتي هنا .

فلا مانع من بقائه (١) ، بل (٢) لادليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف مانحن فيه (٣) ، فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير (٤) جواز الرجوع في العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز (٥) بل (٦)

---

(١) اى من بقاء جواز الرجوع في البيع الخياري كما عرفت .

(٢) اى ارتفاع جواز الرجوع في البيع الخياري بعد تلف العينين عند البايع والمشتري .

هذا ترق من الشيخ في موضوع البيع الخياري اى يصح الرجوع لكل واحد من البايع والمشتري في البيع الخياري حتى ولو تلفت العينان فيأخذ كل واحد منهما بدل عينه : المثل ، أوالقيمة ، فإنه لادليل على ارتفاع جواز الرجوع في البيع الخياري .

(٣) وهو البيع المعاطاتي التي قد تعلق جواز الرجوع فيه بالعوضين فيكونان هما المدار في الرجوع والعدم وجوداً وعدماً .

(٤) فكما أنه في العين الموهوبة لو تلفت لامجال لجواز الرجوع فيها ، لزوال الموضوع وهو بقاء العين .

هذا تنظير لما نحن فيه وهي المعاملة المعاطاتي التي تلفت فيها احدى العينين : بالعين الموهوبة اذا تلفت .

وخلاصته أنه كما لايجوز للواهب الرجوع في العين الموهوبة اذا تلفت كذلك لايجوز الرجوع في المأخوذ بالمعاطاة لوتلفت احدى العينين ، لتعلق الجواز بوجود العينين فيزول بذهاب احداهما .

(٥) اى فيما نحن فيه وهي المعاملة المعاطاتي .

(٦) اى في المعاملة المعاطاتي التي تلفت فيها احدى العينين . =

الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد ، لامطلق الرجوع الثابت في الهبة (١)

هذا (٢) مع (٣) أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة أو الرجوع في العين ، أو تراد العينين : يمنع من استصحابه (٤)؛ فإن (٥)

= هذا ترق من الشيخ وخلاصته : أن مانحن فيه قد تعلق الجواز فيه بموضوع التراد وشخصه ، فالجواز فيه مقيد بهذا القيد ، لا أنه متعلق بمطلق الرجوع حتى يصح اخذ احدى العينين لو تلفت الاخرى ، أو بعضها .

بخلاف الهبة ، فإن جواز الرجوع فيها قد تعلق بمطلق الرجوع ،سواءً أمكن الرجوع في العين ام لا .

(١) كما عرفت عند قولنا : بخلاف الهبة .

(٢) أي خـــذ ماتلوناه عليك في البيع المعاطاتي : من حيث تلف العينين ، أو تلف احداهما .

(٣) هذا دفع وهم .

وقد عرفت الوهم في الهامش ٢ من ص٢٩١عند قولنا : لايقال : إن موضوع الاستصحاب هنا محرز .

وكذا عرفت الجواب عن الوهم في ص ٢٩٢ عند قولنا : فإنه يقال : إننا نشك في أن .

(٤) اى من استصحاب جواز الرجوع كمـــا عرفت ذلك في ص ٢٩١ ـ ٢٩٢ لايقال فإنه يقال :

(٥) تعليل لعـدم جريان استصحاب جواز الرجوع في حالة الشك اي المسلم تعلق جواز الرجوع بشخص العينين .

وقد عرفت التعليل في ص ٢٩٢ عند قولنا : إننا نشك .

المتيقن تعلقه بالتراد ، اذ لادليل في مقابلة أصالة اللزوم (١) على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذي لايتحقق إلا مع بقائهما (٢)

ومنه (٣) يعلم حكم مالو تلفت احدى العينين (٤) ، أو بعضها على القول بالملك (٥)

---

(١) اي لزوم المعاطاة على ما افاده الشيخ في ص ٢٨٦ بقوله : اعلم أن الاصل على القول بالملك اللزوم .

(٢) لامع بقاء احدى العينين ، فإن الجواز لايتحقق ، لمخالفته لأصالة اللزوم التي عرفتها .

(٣) اى ومن أن المتيقن من جواز الرجوع ، وفسخ العقد في البيع المعاطاتي على القول بافادتها الملك : هو وجود العينين وبقاؤهما : يُعلَم حكم مالو تلفت احدى العينين .

هذه هي (الصورة الثانية) فلا يجوز الرجوع في العين الباقية لصاحبها ، لإنتفاء موضوع التراد : وهو وجود العينين .

(٤) هذه هي (الصورة الثالثة) اي لو تلفت بعض احدى العينين فلا يجوز التراد والرجوع في العين السليمة لصاحبها ، ولا في العين المعيبة لصاحبها ، لعين الملاك الموجود في الصورة الثانية .

(٥) هذه هي (الصورة الرابعة) : اي لو تلف من كل واحدة من العينين بعضها فلا يجوز الرجوع لصاحب كل واحدة من العينين المعيبتين لعين الملاك الموجود في الصورة الثانية .

وأما وجه المعلومية في تلف احدى العينين في قوله : ومنه يعلم حكم مالو تلفت احدى العينين : فواضح ، حيث إنه لايتحقق التراد من الجانبين بل من جانب واحد وهو صاحب العين الباقية وهو لايحقق موضوع التراد

وأما (١) على القول بالاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقاً لبعض معاصريه ، تبعاً (٢) للمسالك : أصالة (٣)

اذ مفهوم التراد هو وجود العينين .

وأما وجه المعلومية في تلف بعض احدى العينين ، أو بعض كلتيهما فلاجل أن موضوع حواز الرجوع هو وجود العينين الصحيحتين ، لا المعيبتين كما في تلف بعض كل واحدة من العينين ، ولا وجود العين الصحيحة .والعين المعيبة كما في تلف بعض احدى العينين .

هذا تمام الكلام في الصور الاربعة بناءً على افادة المعاطاة التمليك

(١) من هنا اخذ الشيخ في جريان الرجوع ، وعدمه على القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة في الصور الاربعة المذكورة تضاف معها على القول بالملك تكون ثمانية ، اليك الصور المضافة :

(الصورة الخامسة) : وجود العينين .

(الصورة السادسة) : تلف احدى العينين .

(الصورة السابعة) : تلف بعض احدى العينين .

(الصورة الثامنة) : تلف بعض كل واحدة من العينين .

فقال الشيخ : استوجه بعض مشايخنا وهو صاحب الجواهر جريان التراد في الصور الاربعة المذكورة على القول بالاباحة ، وفاقاً لبعض معاصريه وهو الشيخ كاشف الغطاء .

ونحن نذكر خلاصة ماافاده صاحب الجواهر في هذا المقام .

(٢) منصوب على الحالية لكلمة بعض معاصريه اى حال كون بعض المعاصرين تبع الشهيد الثاني في الجريان .

(٣) بالنصب مفعول لكلمة استوجه اى استوجه صاحب الجواهر أصالة عدم اللزوم في الصور الاربعة المذكورة .

والمرادمن الأصالةهنا الاستصحاب الازلي المشار اليه في الهامش ١ ص٢٨٧

عدم اللزوم ، لأصالة (١) بقاء سلطنة مالك العين الموجودة ، وملكه (٢) لها

وفيه (٣) أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده ، أو قيمة

---

(١) تعليل من صاحب الجواهر لجريان أصالة عدم اللزوم في صورة تلف احدى العينين ، أو بعض احداهما ، أو بعض كل واحدة منهما .

وخلاصة أنه إنما نقول بالاستصحاب الأزلي لوجود استصحاب بقاء سلطنة المالك وهو صاحب العين قبل تلفها ، بناءً على افادة المعاطاة الإباحة المجردة ، فقبل أن تتلف العين كانت لصاحبها وإن اباح التصرف فيها بالمعاطاة ، وبعد التلف نشك في زوال هذه السلطنة فنستصحبها فيجوز له الرجوع فيها ، ثم تشتغل ذمة من تلفت عنده احدى العينين ، أو بعض احداهما ، أو بعض كلتا العينين .

(٢) بالجر عطفاً على كلمة بقاء في قوله : لأصالة بقاء سلطنة اى ولأصالة بقاء ملك المالك الاول بعد التلف على ملكه .

هذا تعليل ثان من صاحب الجواهر لجريان أصالة عدم اللزوم .

وخلاصته : أن لنا استصحابين : استصحاب بقاء سلطنة مالك العين بعد التلف ، واستصحاب بقاء ملك المالك على ملكه بعد التلف فيصح لصاحب العين التالفة الرجوع على من تلفت عنده بالمثل ، أوالقيمة .

(٣) اى وفيما افاده صاحب الجواهر : من جريان أصالة عدم اللزوم عند تلف احدى العينين ، أو بعض احدى العينين ، أوبعض كلتا العينين نظر واشكال .

وخلاصته : أن لنا هنا أصالة براءة ذمة التالف عن المثل اذا كان التالف مثليا ، أو القيمة اذا كان قيمياً ، فهذا الاصل يعارض استصحاب بقاء سلطنة المالك فيقدم عليه فيكون حاكماً ، وذاك محكوماً ، فلا ضمان -

والتمسك (١) بعموم على اليـد هنا في غير محله بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان ، ولا بعده اذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع : إنما الكلام (٢) في الضمان اذا اراد الرجوع ، وليس هذا (٣) من مقتضى اليد قطعاً .

ـ بالمثل، ولا بالقيمة ، فلا يجوز له الرجوع في الصور الاربعة المذكورة ايضاً . بناءً على افادة المعاطاة الاباحة المجردة .

(١) دفع وهم

حاصـل الوهم : أن لنا في المقام قاعدة : على اليـد ما اخـذت حتى تؤدي فهذه تثبت الضمان بالمثل ، أو القيمة عنـد تلف احدى العينين أو بعض احداهما ، أو بعض كلتيهما فيجوز له الرجوع .

فاجاب الشيخ عن التوهم المذكور ماخلاصته : أن التمسك بالقاعدة المذكورة في غير محلها ، للقطع بأن اليد الآخذة قبل تلف احدى العينين ، أو بعض احداهما ، أوبعض كلتيهما لم تكن يد ضمان ، وبعد التلف نشك في الضمان فنستصحب عدمه فلا يجوز الرجوع .

وقد اشار الشيخ الى هذه القاعدة في الامر السادس عند تلف العينين بقوله في ص٢٨٩ : وتوهم جريان قاعدة،فكل ما افاده الشيخ هنا : من عدم جريان هذه القاعدة يجري هناك كما ذكرناه في الهامش٣ من ص٢٨٩ بقولنا : وخلاصته : أن اليد .

(٢) اى إنما الإشكال في أن المالك لو اراد الرجوع في العين وهي لم تتلف ، لكنه تلفت في الأثناء .

فهل يتوجه ضمان نحو من كانت العين عنده وقد تلفت في الأثناء ؟

(٣) اى وليس ضمان تلف العين عنده في الأثناء عندما اراد المالك ـ

هذا (١)

ولكن (٢) يمكن أن يقال : إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل ، أو القيمة ، مع (٣) أن ضمان التالف ببدله معلوم إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي : اعني المثل ، أو القيمة

- الرجوع في عينه قبل التلف من مقتضيات على اليد ما اخذت : حتى يكون ضمان التالف على من تلفت العين عنده ، لأن يد من تلفت العين عنده قبل تلفها لم تكن يد ضمان ، وبعد التلف لايبقى شيء عنده في يده مايوجب الضمان حتى تشمله قاعدة على اليد مااخذت .

(١) اى خذ ما تلوناه عليك . من النقض والإبرام في جريان الاستصحاب الازلي ، وعدمه ، ومعارضة أصالة البراءة مع استصحاب بقاء سلطنة المالك على القول بافادة المعاطاة الإباحة المجردة

(٢) من هنا يريد الشيخ أن يؤيد ما افاده صاحب الجواهر : من جريان الاستصحاب الازلي لاجل استصحاب بقاء سلطنة المالك ، وأن أصالة البراءة لاتعارض الاستصحاب المذكور .

وخلاصته : أن استصحاب بقاء سلطنة المالك على العين بعد التلف حاكم على أصالة البراءة ، لأن الاستصحاب من الاصول المحرزة ، حيث إن منشأ حجيتها هي الأخبار فلا مجال لأصالة البراءة حتى تعارض الاستصحاب فتقدم عليه ، فلا ضمان على من تلفت العين عنده لو اراد المالك الرجوع في العين وهي لم تتلف ، لكنها تلفت في الأثناء ، فله حق الرجوع في الصورة الثانية ، والثالثة ، والرابعة .

(٣) هذا إشكال آخر على أصالة البراءة ، وأنه لامجال لجريانها وخلاصته كما في المتن أن ضمان التالف من المسلمات ، لأنه إذا —

أو البدل الجعلي : اعني العين الموجودة فلا (١) اصل هذا (٢)

مضافاً (٣) الى ماقد يقال : من أن عموم الناس مسلطون على أموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود باخذه ، وعلى المال التالف باخذ بدله الحقيقي : وهو المثل ، أو القيمة،فتدبر (٤)

= لم يكن بالمثل ، أوالقيمة فبالعين الموجودة ، إلا أن الكلام في أن الضمان هل يتعلق بالبدل الحقيقي الذي هو المثل ، أو القيمة عند تلف احدى العينين أو يتعلق بالبدل الجعلي الذى هي العين الموجودة؟

(١) الفاء تفريع على ما افاده : من أن ضمان التالف من المسلمات

وخلاصته أنه بناءً على ماقلناه فلا مجال لجريان أصالة براءة ذمة من تلفت العين عنده فنجري أصالة عدم اللزوم فلا يجوز الرجوع .

(٢) اى خذ ماتلوناه عليك : من جريان أصالة عدم اللزوم في الصورة الثانية والثالثة والرابعة ، بناءً على افادة المعاطاة الاباحة المجردة كما افاده صاحب الجواهر .

ومن معارضة أصالة البراءة لهذه الأصالة كما ذكرناها ، ومن الاشكال على أصالة البراءة .

(٣) هذا إشكال آخر على أصالة البراءة أورده غير الشيخ ، ولذا قال : مضافاً الى ماقد يقال :

وقد ذكر الشيخ الاشكال في المتن فلا نعيده .

(٤) لعل المراد من التدبر : هو أن التالف يمنع من تحوله الى المثل أو القيمة ، بل ضمانه يكون في العين الموجودة عند الطرف الآخر اذا تلف بعضها فيأخذها ويأخذ الارش.

ولو كان (١) احد العوضين ديناً في ذمة احد المتعاطيين فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه .

والظاهر أنه في حكم التلف (٢) ، لأن الساقط لايعود .

ويحتمل العود (٣) وهو ضعيف .

والظاهر أن الحكم كذلك (٤) على القول بالإباحة ، فافهم (٥) .

---

(١) هذه هي (الصورة التاسعة) .

خلاصتها : أن احد العوضين لو كان ديناً في ذمة احد المتعاطيين كما لو كان لشخص في ذمة زيد مائة دينار فتعاطيا على مائة طن من الحنطة بمبلغ مائة دينار مثلا فقال الدائن : جعلت ثمنها طلبي في ذمتك فيملك المدين المبلغ الذي في ذمته فيسقط الدين عنه ، ويملك الدائن الحنطة .

(٢) هذا حكم الصورة التاسعة .

وخلاصته : أن سقوط الدين عن ذمة المدين في حكم مالو تلفت العين : في عدم جواز الرجوع الى العين الموجودة ، لأن موضوع التراد هو وجود العينين كما عرفت .

(٣) اى عود الدين فتشتغل ذمة المدين مرة ثانية

لكن القول بذلك ضعيف ، لأنه بعد سقوط الدين بتملك الدائن ماقبضه من الحنطة ازاء طلبه من المدين لامجال لعود الدين مرة ثانية .

هذا تمام الكلام في المعاطاة المفيدة للملك .

(٤) من هنا يريد الشيخ أن يفيد أن عدم جواز الرجوع في الصورة العاشرة في المعاطاة المفيدة للاباحة كذلك فتسقط ذمة المدين عن الدين ويملك الدائن الحنطة المبيعة ازاء طلبه من دون فرق بين التمليك وبين الإباحة .

(٥) لعله اشارة الى أن المعاطاة لو كانت مفيدة للإباحة كيف =

ولو نقلت (١) العينان ، أو احداهما (٢) بعقد لازم فهو كالتلف على القول بالملك ، لامتناع التراد .

وكذا (٣) على القول بالاباحة اذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة .

ولو عادت (٤)

- يسقط الدين عن ذمة المدين بسبب قبض الدائن الحنطة ، لأن الدائن لم يملك الدين للمدين ، بل اباحه له ، فالمدين كيف يملك الدين وهو باق على ملك الدائن ؟

(١) هذه هي (الصورة الحادية عشر) .

وخلاصتها : أنه لو نقل المتعاطيان العينين بعقد لازم كالوقف أو الهبة المعوضة كان النقل بمنزلة تلفهما فليس لهما حق الرجوع ، لانتفاء موضوع التراد بالنقل ، لأن موضوعه هو وجود العينين .

(٢) هذه هي (الصورة الثانية عشرة) وهي كسابقتها في الحكم : وهو عدم جريان التراد .

هذا تمام الكلام في افادة المعاطاة الملك .

(٣) من هنا يروم الشيخ جريان الحكم المذكور في صورة نقل العينين ، أو احداهما بعقد لازم على القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة فحكمه حكم افادته الملك : في عدم جريان التّراد .

فهنا صورتان:

(احداهما) : نقل العينين .

(ثانيتهما) : نقل احد العينين .

فتنضم الصورتان الى ماقبلها فيصير المجموع اربعة عشر صورة .

(٤) هذه هي (الصورة الخامسة عشر)

العَين بفسخ ففي جواز التّراد على القول بالملك ، لإمكانه (١) فيستصحب وعدمه (٢) ، لأن (٣) المتيقن من التّراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه : وجهان؟

وخلاصتها : أنه لو اعيدت العينان بفسخ بعد نقلها بعقد لازم فحينئذ يجوز للمتعاطيين فيهما التراد ، لتحقق مفهوم التراد وهو وجود العينين فقبل النقل كان التراد جائزاً ، وبعد النقل انتفى الموضوع ، لكون النقل في حكم التلف ، وبعد العود بفسخ العقد ورجوع العينين الى صاحبها نشك في جواز الرجوع فنستصحب الجواز الثابت قبل النقل ، لامكان هذا التراد بعود العينين .

وهنا صورة اخرى : وهو عود احدى العينين التي نقلت بالعقد اللازم فحكمها حكم عود العينين في جواز الرجوع ، لتحقق مفهوم التراد وهو وجود العينين .

وتضم هذه الصورة الى الصور السابقة فيصير المجموع ستة عشر صورة .

(١) اى لامكان التراد بعود العينين كما عرفت آنفاً .

(٢) اى ويحتمل عدم جواز التراد بعد عود العينين ، أو عود احداهما .

وقد ذكر الشيخ وجه ذلك في المتن فلا نعيده .

هذا تمام الكلام بناءً على افادة المعاطاة الملكية اللازمة .

(٣) تعليل لعدم جواز التراد .

اجودهما ذلك (١) ، اذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التّراد بقول مطلق ، بل المتيقن منه (٢) غير ذلك

فالموضوع (٣) غير محرزفي الاستصحاب .

وكذا (٤) على القول بالاباحة ، لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق

---

(١) وهو عدم جواز التراد بعد عود العينين بالفسخ .

هذا مختار الشيخ في الصورة الخامسة عشر والسادسة عشر على القول بافادة المعاطاة الملك .

وخلاصته أنه بعد أن قلنا : إن الاصل في الملك اللزوم كما عرفت في ص ٢٨٦ عند قول الشيخ : اعلم أن الاصل على القول بالملك اللزوم لامجال للتراد بعد عود العينين بالفسخ ، لأنه لم يثبت جواز الرجوع بقول مطلق حتى بعد عود العينين ، بل المسلم والثابت هو جواز الرجوع عند وجود العينين قبل نقلهما بالعقد اللازم .

وأما بعد العود بالفسخ فلا دليل لنا على جواز التّراد .

(٢) أى من جواز الرجوع الى العينين هو وجودهما قبل النقل كما عرفت آنفاً .

(٣) هذا رد على من اجاز الرجوع واستدل على ذلك بالاستصحاب بقوله آنفاً : لامكانه فيستصحب .

وخلاصته : أن من شرائط جريان الاستصحاب هو احراز الموضوع حتى يصح جريانه ، وفيما نحن فيه موضوع جواز التراد هو وجود العينين قبل نقلهما ، وبعد النقل فقد زال الموضوع فلا يبقى مجال حتى يستصحب الجواز بعد العود بالفسخ .

(٤) هذا مختار الشيخ في الصورة الخامسة عشر والسادسة عشر =

الملك للمتصرف فيرجع (١) بالفسخ الى ملك الثاني فلا دليل على زواله (٢) بل (٣) الحكم

- على القول بافادة المعاطاة الإباحة المجردة لو اعيدت العينان بالفسخ .

وخلاصته : أن التصرف الناقل الذي حصل من العقد اللازم بالنقل كاشف عن سبق الملك للمباح له قبل نقلـه العين الى الآخر ، فإن تصرفه في العين بالعقد اللازم دليل على أن المباح اصبح ملكاً له قبل نقله اليـه فعليه لايصح لهما الرجوع في عينيهما بعد عودهما اليهما بالفسخ ، لأنهما ليستا ملكاً لهما حتى يجوز لهما الرجوع فيهما ، بل العين ترجع الى المباح له الذي هو المالك الثاني الذي اصبح مالكاً للعين بالعقد اللازم ، اذ المالك الاول هو المبيح ، والمالك الثاني هو المباح له ، والمالك الثالث هو الذي انتقلت العين اليه من المالك الثاني بالعقد اللازم .

(١) اى الملك الى المباح له وهو المالك الثاني كما عرفت آنفاً .

(٢) اى زوال الملك عن المالك الثاني كما عرفت آنفاً .

(٣) هذا ترق من الشيخ في الصورتين ، بناءً على افادة المعاطاة الإباحة المجردة .

وخلاصته : أن الحكم وهو عدم جواز التراد في الصورة الخامسة عشر والسادسة عشر على القول بالإباحة أولى من الحكم بعدم جواز التراد في الصورتين ، بناءً على افادة المعاطاة الملك ، لأن جواز التراد لم يتحقق في الزمن السابق : وهو زمان قبل النقل الى الثالث للمباح له وهو البايع الثاني حتى يجوز له الرجوع فيما اباح لصاحبه بسبب فسخ الثالث ، لأن الموجود قبل النقل الى الثالث جواز رد مال الغير اليه ، واسترداد مال نفسه فمن أين يأتي جواز الرجوع للمباح له بعد العود والفسخ ؟

هنا أولى منه على القول بالملك ، لعدم تحقق جواز التراد في السابق (١) هنا (٢) حتى يستصحب ، بل (٣) المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع بانتفائها (٤) نعم (٥)

فلا مجال للاستصحاب كما ادعاه القائل بالتراد بقوله في ص ٣٠٣ : لإمكانه فيستصحب .

(١) المراد من السابق هو زمن قبل نقل العين الى الثالث ، وليس المراد من السابق هي صورة الخامسة عشر والسادسة عشر على القول بافادة المعاطاة الملك كما توهمه كثير .

وقدعرفت هذا التفسير عندقولنا في الهامش ٣ ص ٣٠٥ : وهو زمان قبل النقل الى الثالث

(٢) المراد من هنا هي الصورة الخامسة عشر ، والسادسة عشر على القول بافادة المعاطاة الاباحة المجردة .

(٣) هـذا من متممات الدليل على عدم جواز التراد في الصورة الخامسة عشر والسادسة عشر على القول بافادة المعاطاة الاباحة .

وخلاصته : أن المسلم والمحقق هي أصالة بقاء سلطنـة المالك الاول الذي هو المبيح قبل نقل المباح له العين الى الثالث .

ومن الواضح أن بقاء سلطنته قد انقطع وانتفى بنقل المباح له العين الى الثالث فلا يبقى للمالك الاول ملك حتى يصح له الرجوع بعود العين بفسخ الثالث فيقال : لإمكانه فيستصحب كما في ص ٣٠٣ .

(٤) اى بانتفاء أصالة بقاء سلطنة المالك الاول كما عرفت عنـد قولنا : ومن الواضح أن بقاء سلطنته .

(٥) استدراك عما افاده : من عـدم جواز التراد للمالك الآول اذا عاد الملك الى المباح له وهو البايع الثاني بسبب فسخ المشتري الثاني على فرض افادة المعاطاة الإباحة .

-

لو قلنا : إن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فاذا فرضنا ارتفاعه (١) بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول وان كان (٢) مباحاً لغيره ما (٣) لم يستّرد عوضه : كان (٤) مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد (٥) لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الاول ، أو عائدا (٦) اليه بفسخ .

وكذا (٧) لو قلنا : إن البيع لايتوقف على سبق الملك ، بل يكفي

- وخلاصته أنه لو قلنا : إن الكاشف عن الملك هي نفس العقد الناقل من المباح له ، لاالتصرف الناقل فحينئذ لو فرضنا ارتفاع هذا العقد الناقل بسبب فسخ الثالث الذي انتقل المال اليه فقد عاد هذا الملك الى مالكه الاول وإن كان هذا الملك مباح التصرف للمباح له ، لكن يرجع الى المالك الاول فيجوز له التراد .

(١) اى ارتفاع هذا النقل كما عرفت .

(٢) اى الملك مباح التصرف للمباح له الذي هو البايع الثاني كما عرفت .

(٣) كلمة ما مصدرية جاءت لتقييد إباحة التصرف للمباح له أى إباحة التصرف له موقوفة على عدم استرداد عوضه الذي بذله للمالك الاول فإنه لو استّرده تنتفي الإباحة .

(٤) جواب للو الشرطية في قوله : نعم لو قلنا : إن الكاشف

(٥) اى لكل واحد من المتعاطيين .

(٦) اى أوعاد الملك الى الذى طلب التّراد بسبب فسخ من المشتري الثاني الذي انتقل المال اليه من المباح له .

(٧) اى وكذا يجوز التراد لكل واحد من المتعاطيين في صورة افادة المعاطاة الإباحة المجردة .

فيه إباحة التصرف ، والإتلاف (١) ، ويملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة في الامر الرابع (٢)

لكن الوجهين (٣) ضعيفان ، بل الاقوى رجوعه (٤) ، بالفسخ الى البايع .

ولو كان (٥) الناقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل

---

(١) اى بل يكفي في البيع مجرد جواز الاتلاف إما بالبيع ، أوالوقف أو غيرهما .

(٢) عند قوله في ص ٢٧١ : ولكن الذي يظهر من جماعة .

(٣) وهما : جواز تراد العينين لو قلنا : إن الكاشف عن الملك وجواز تراد العينين لو قلنا : إن البيع لايتوقف على سبق .

أما وجه الضعف في الأول فلانسلاخ الملكية عن المالك الاول ببيع المباح له ، بناءً على أن البيع موجب للتملك آناًما قبل البيع .

وأما وجه الضعف في الثاني فبناءً على أن التصرفات المتوقفة على الملك غير جائزة ، لعدم كفاية إباحة التصرف في مثل هذه التصرفات .

(٤) هـذه نظرية الشيخ أى الأقوى رجوع العين الى البايع الثاني، بسبب فسخ المشتري في الصورة الخامسة عشر ، والسادسة عشر على القول بافادة المعاطاة الاباحة ، سواءً قلنا : إن الكاشف عن الملك للبايع الثاني هو العقد الناقل ام قلنا : إن البيع لايتوقف على سبق الملك ، بل يكفي فيه مجرد إباحة التصرف .

(٥) هذه هي (الصورة السابعة عشر) وخلاصتها : أنه لو نقل احد المتعاطيين العين الى ثالث بنقل جائز ، لا لازم كما في صورة الخامسة عشر والسادسةعشر ، حيث كان النقل فيهما بعقد لازم ، سواءً أكان النقل =

بالرجوع فيها ، ولا رجوعه (١) بنفسه الى عينه .

فالتّراد (٢) غير متحقق ، وتحصيله (٣) غير واجب .

وكـذا (٤) على القول بالإباحة ، لـكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك .

نعم (٥) لو كان غير معاوضة كالهبة ، وقلنا : إن التصرف في مثله

بعوض ام بغيره كالهبة لغير ذي رحم ؛ ام مجاناً : ليس لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع الى عينه .

(١) اى وكذا ليس لمالك العين الباقيـة في صورة انتقال العين بنقل جائز الرجوع الى عينه التي عند ثالث .

(٢) اى الرجوع في صورة بقاء العين الواحدة ، ونقـل الاخرى غير مسلم ، لأن موضوع التّراد هو وجود العينين ، لا العين الواحدة .

(٣) اى تحصيل موضوع التراد بشراء مثل العين الناقلة الى الثالث من الخارج ليتحقق موضوع التراد غير واجب على من تلفت العين عنده بالنقل حتى يرجع الى عينه الموجودة ، والآخر يرجع الى عينه بعد شرائها

هذا تمام الـكلام على القول بافادة المعاطاة الملك .

(٤) اى وكذا التراد غير متحقق ، وتحصيله غير واجب على القول بافادة المعاطاة الاباحـة المجردة فيالصورة السابعة عشر ، لأن المعاوضـة التي هو نقل العين الى الثالث بعقد جائز كاشفة عن سبق الملك للناقل وهو البايع الثاني .

(٥) استدراك عما افاده في الصورة السابعة عشر على القول بالإباحة : من أن الناقل لو كان عقداً جائزاً فالاقوى رجوع العين بالفسخ الى البايع الثاني وهو المباح له ، لا الى المالك الاول .

. . . .

= هذه هي (الصورة الثامنة عشر) : وخلاصتها : أن النقل بعقد جائز لو كان بغير معاوضة كالهبة لغير ذي رحم ، وبلا عوض ، وقلنا : إن هـذا النوع من التصرف الذي هو بنحو الهبة المجانية لايكون كاشفاً عن سبق الملك للواهب ، لعدم وجود عوض هنا ، لأن المباح له لم يأخذ من الثالث ازاء العين شيئاً : ترجع العين الى المالك الاول لورجع الثالث العينَ الى الواهب ، أو الواهب رجع عن هبته .

(لايقال) : إنه يلزم على القول برجوع العين الى المالك الأول لو كان النقل الجائز بغير عوض : رجوعها الى ملك غير مالك العوض الذي هو الواهب والمباح له .

وهذا غير معقول ، اذ كيف يعقل دخول المثمن في كيس من لم يدخل الثمن فيه .

(فإنه يقال) : ليس هنا عوض ومعوض حتى يقال : لا يعقل رجوع العين الى المالك الاول ، اذ الهبة من المباح له الذي هو الواهب قد وقعت مجاناً وبلا عوض ، ولم تقع في قبال شيء حتى يكون عوضاً عنها فيقال : هنا عوض ومعوض .

والى هـذا أشار الشيخ بقوله : اذ لاعوض فيه حتى لايعقل كون العوض مالاً لاحد .

نعم عدم التعقل إنما يلزم في الفرض الاول الذي تصرف المباح له في العين بنحو البيع لو لم يرجع المبيع بعد الفسخ الى المباح له الذي هو البايع الثاني وهو المالك للثمن ، اذ تملكه للثمن كاشف عن سبق الملك له ، فإنه لو رجع المبيع الى المالك الاول لزم رجوع المعوض الى ملك غير مالك العوض وهو غير معقول .

لا يكشف عن سبق الملك، اذ لاعوض فيه حتى لايعقل (١) كون العوض مالاً لاحد، وانتقال (٢) المعوض الى الآخر.

بل (٣) الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك، لاالواهب:

اتجه (٤) الحكم بجواز التراد، مع بقاء العين الاخرى (٥) أوعودها الى مالكها بهذا النحو من العود (٦)، اذ لو عادت بوجه آخر (٧) كان حكمه حكم التلف.

---

(١) اى في مثل هذه المعاوضة الواقعة مجاناً وبلا عوض كالهبة لغير ذي رحم.

(٢) بالرفع عطفاً على نائب الفاعل في قوله: حتى لايعقل كون العوض اى وحتى لايعقل انتقال المعوض الى الآخر الذي هو المالك الأول الذي رجعت العين اليه.

(٣) هذا ترق من الشيخ في المقام.

وخلاصته: أن الواهب لما وهب العين المباحة الى ثالث ونقلها اليه كان هذا النقل في الحقيقة عن المالك الاول الذي هو المبيح، لا عن الواهب، فعند رجوع العين الى المالك الاول فقد رجعت الى اهلها ووقعت في محلها فلا مجال لرجوعها الى المباح له الذي هو الواهب.

(٤) جواب عن لو الشرطية في قوله: نعم لو كان غير معاوضة وقد عرفت الجواب آنفاً عند قولنا: وخلاصته: ان الواهب.

(٥) التي هي للمالك الاول الذي قد اخذ من المباح له شيئاً عوضاً عن العين المباحة له.

(٦) وهو العود مجاناً الى الواهب.

(٧) بأن رجعت العين الى المالك الاول بالارث؛ أو الشراء —

ولو باع (١) العين ثالث فضولاً فاجاز المالك الاول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعاً كبيعه ، وسائر تصرفاته الناقلة .

ولو اجاز (٢) المالك الثاني نفذت (٣) بغير إشكال .

وينعكس الحكم (٤)

= فليس للمالك الاول ، ولا المباح له حق الرجوع والتراد لأن الرجوع بهذا النحو في حكم التالف .

(١) هذه هي (الصورة التاسعة عشرة) وخلاصتها : أنه لو جاء شخص ثالث عن المتعاطيين فباع العين المأخوذة بالمعاطاة فضولاً ثم اجاز البيع المالك الاول ، سواء أكان المبيع ثمناً أم مثمناً.

فعلى القول بافادة المعاطاة الملك تكون الاجازة كاشفة عن رجوع المالك الاول عما تعاطى عليه مع صاحبه فيصدق التراد ، لأن اجازته هذه مثل بيعه سلعته ، أو مثل تصرفاته الناقلة كالوقف ، والهبة بذي رحم .

وهذا معنى قوله : وسائر تصرفاته الناقلة

(٢) هذه هي (الصورة العشرون) وخلاصتها : أنه او اجاز هذا البيع الفضولي الصادر عن ثالث المالك الثاني الذي هو احد طرفي المعاطاة فلا إشكال في نفوذ هذه الاجازة ، لأن المبيع كان ملكاً له فهو أولى وأحق من المالك الاول الذي اخرج سلعته عن ملكه بالمعاطاة .

فالحاصل : أن الاجازة لو صدرت عن المالك الاول فلا تخلو عن إشكال ، وإن صدرت عن الثاني فلا إشكال في نفوذها ، لما عرفت من وجه الاشكال آنفاً .

(٣) اي الاجازة الصادرة عن المالك الثاني كما عرفت آنفاً .

هذا تمام الكلام في البيع الفضولي على القول بافادة المعاطاة الملك.

(٤) من هنا يروم الشيخ أن يبين حكم البيع الفضولي على القول =

إشكالاً ووضوحاً على القول بالاباحة ، ولكل منهما (١) رد العين قبل اجازة الآخر .

- بافادة المعاطاة الاباحة المجردة .

والمراد من الحكم الاشكال والنفوذ .

هذه هي (الصورة الواحدة والعشرون) وخلاصتها : أنه على القول بالاباحة المجردة تنعكس الاجازة الصادرة : بمعنى أنها لو صدرت من المالك الاول تكون نافذة بلا إشكال ، لأن المأخوذ بالمعاطاة على القول بالاباحة ملك المالك الاول .

وإن صدرت من المالك الثاني فلا تخلو من إشكال .

فانعكست الاجازة وضوحاً وإشكالاً في هذه الصورة .

وكلمة إشكالاً ووضوحا منصوبة على التميز اى الاجازة تنعكس من حيث الاشكال لو صدرت من المالك الأول فتصير واضحة ، وتنعكس من حيث الوضوح لو صدرت من المالك الثاني فتصير مشكلة .

(١) اى ولكل واحد من المتعاطيين على القول بالاباحة رد العين لو باعها ثالث فضولا قبل اجازة الآخر ، سواء أكان المالك الاول ام المالك الثاني

الظاهر أن المراد من قوله : ولكل منهما رد العين هي صورة افادة المعاطاة الاباحة .

ولكن يمكن مجيء الرد لكل منهما على القول بافادتها الملك ايضا .

ثم لايخفى عليك أن الرد في البيع الفضولي إن كان من المالك الثاني فلا إشكال في رجوع العين الى ملكه .

وهل الرجوع هذا يكون رجوعاً متزلزلاً كالملك الاول ، أو رجوعاً ثابتاً ؟

ولو رجع الاول (١) فاجاز الثاني فان جعلنا الاجازة كاشفة لغا الرجوع ويحتمل عدمه (٢) ، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ (٣) وتلغو الاجازة (٤) .

وإن جعلناها (٥) ناقلة لغت الاجازة قطعاً .

= وبما أن البيع الفضولي لم يتحقق فيه البيع يرجع الملك الى الثاني ملكاً متزلزلاً كما كان التزلزل ثابتاً قبل البيع ، فلكل من المتعاطيين التراد أو الفسخ .

هذا اذا كان الرد من قبل المالك الثاني .

وأما اذا كان من قبل المالك الاول فهل ترجع العين اليه حتى يكون الرجوع فسخاً في المعاطاة ام ترجع الى المالك الثاني كما كان قبل العقد الفضولي ؟

(١) هذه هي (الصورة الثانية والعشرون) وخلاصتها : أنه بناءً على افادة المعاطاة الاباحة فلو رجع المالك الاول عن بيعه واجاز المالك الثاني البيع الفضولي الصادر من الثالث ، فإن قلنا : إن الاجازة كاشفة عن وقوع العقد من اول الامر لغا رجوع المالك الاول عن بيعه فلايصح له حق الرجوع في سلعته الموجودة ، لانتقال العين الى الآخر بمجرد العقد

(٢) اى ويحتمل عدم لغوية رجوع المالك الاول وإن قلنا بالكشف لأن المالك الاول برجوعه قد ابطل العقد من اساسه فلا يبقى مجال لاجازة الثاني حتى تكون كاشفة فرجوعه ثابت مستقر ، وتلغو الاجازة الصادرة من المالك الثاني .

(٣) اى رجوع المالك الاول كما عرفت آنفاً .

(٤) اى الصادرة من المالك الثاني .

(٥) اى الاجازة الصادرة من المالك لو جعلناها ناقلة : بمعنى أنها =

ولو امتزجت (١) العينان ، أواحداهما (٢) سقط الرجوع على القول بالملك ، لامتناع التراد ، ويحتمل الشركة (٣) وهو (٤) ضعيف .

من حين صدورها تنقل المبيع الى المشتري لغت الاجازة اى لامحل لهـا لأنها كانت بعد رجوع المالك الاول عن بيعه ، وهي ناقلة كما فرضنـا فلا يبقى لها اعتبار حتى تؤثر .

(١) هذه هي (الصورة الثالثة والعشرون) وخلاصتها : أن العينين لو امتزجتا مع عين ثالثة ، أو مـع عينين مزجاً لايميز بينهما ابداً سقط الرجوع ، لإنتفاء موضوع التراد : وهو وجود العينين .

(٢) هـذه هي (الصورة الرابعة والعشرون) وخلاصتها : أنه لو امتزجت احدى العينين وبقيت الاخرى كما كانت سقط الرجوع ايضا لانتفاء موضوع التراد : وهو وجود العينين .

(٣) هـذه هي (الصورة الخامسة والعشرون) وخلاصتها : أنه في صورة امتزاج العينين ، أواحداهما يحتمل اشتراك صاحب العين الممتزجة مع مالك العين المختلطة : بأن يكون صاحب العينين الممتزجة مع صاحب العينين الاخريتين ، أو صاحب العين الواحدة الممتزجة مع العين الممتزجة الاخرى شريكاً فتكون العينان مع تلك العينان ، أو العين الواحدة مع تلك العين الواحدة مشاعتين بين أصحابها .

(٤) اى اشتراك العينين مـع العينين الاخريتين في صورة امتزاجها أو اشتراك العين الواحدة مع الاخرى في صورة امتزاجها بها ضعيف .

وجـه الضعف أن التراد قد تعلق بشخص العينين مادامتا موجودتين وباقيتين عنده ، وبامتزاج العينين ، أواحداهما فقد زال التشخص ،

فمن اين يأتي الإشتراك ؟

أما (١) على القول بالاباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع المال الممتزج به .

نعم (٢) لو كان المزج ملحقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف ولو تصرف (٣) في العين تصرفاً مغيراً للصورة كطحن الحنطة ، وفصل

= ثم الامتزاج تارة يكون بين جنسين متغايرين كامتزاج الشعير مع الحنطة واخرى بين نوعين كامتزاج الحنطة الشمالية مع الحنطة الجنوبية . ففي جميع هذه الصور يسقط التراد ، لانتفاء موضوعه : وهو وجود العينين .

هذا تمام الكلام في افادة المعاطاة الملكية .

(١) هذه هي (الصورة السادسة والعشرون) وخلاصتها : أنه بناءً على افادة المعاطاة الاباحة المجردة ففي صورة مزج العينين بعينين اخريتين ، أو مزج احداهما بعين اخرى يتحقق التراد ويصح للمالك الرجوع فيها ، لأصالة بقاء السلطنة على ماله الممتزج بمال الغير فيصبح المالك شريكاً مع المال الممتزج به .

(٢) استدراك عما افاده : من جواز الرجوع في العينين على القول بالاباحة ، لتحقق موضوع التراد .

ففي الحقيقة هذه هي (الصورة السابعة والعشرون) وخلاصتها : أن المزج والاختلاط لو كان بنحو يلحق العين بصورة التلف : بأن خلطت الحنطة الجيدة بالحنطة الرديئة بحيث لا يمكن تجزئتها فهنا يجري على هذا المزج حكم التلف فلا يحق لهما الرجوع ، لعدم صدق موضوع التراد وهو وجود العينين وان كان المعاطاة مفيداً للاباحة .

(٣) هذه هي (الصورة الثامنة والعشرون) وخلاصتها : أن =

الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة ، وعلى القول (١) بالملك ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد .

ومنشأ الاشكال (٢) أن الموضوع في الاستصحاب عرفي ، أوحقيقي .

- المتعاطيين تصرفا في العين تصرفاً موجباً لتغيير صورتها الشخصية كجعل الحنطة طحيناً ، والقميص ثوباً مثلاً ، فعلى القول بالإباحة لاتكون المعاطاة لازمة فلا يحق للمتعاطيين الرجوع ، لعدم تحقق التراد وهو وجود العينين لأن السيرة قائمة على أن مثل هذا التصرف المغير للصورة يُعدم موضوع التراد ، لإنتقال ما وقع فيه التصرف الى المتصرف ، وانتقال عوضه الذي هو المسمى الى الآخر آ نأما قبل التصرف .

(١) هذا على القول بافادة المعاطاة الملكية اى لو كان التصرف في العين تصرفاً مغيراً لصورتها الشخصية ففي لزوم المعاطاة حينئذ وجهان مبنيان على القول بجريان استصحاب تراد العينين ، وعدم الجريان .

فإن قلنا بجريان الاستصحاب ، حيث إن المالك كان له حق الرجوع في عينه قبل التغير ، وبعده نشك في الرجوع فنستصحب : قلنا باللزوم

وان لم نقل بجريان الاستصحاب قلنا بعدم اللزوم فيمتنع التراد لعدم تحقق مفهومه .

(٢) اى ومنشأ الاشكال في جريان الاستصحاب ، وعدم الجريان هو تشخيص موضوع الاستصحاب وتعيينه .

فإن قلنا : إن بقاء الموضوع في الاستصحاب هو نظر العرف ففيما نحن فيه لايجري الاستصحاب ، لأن العرف يحكم بذهاب الموضوع بتغير صورتها الشخصية ، فإن الحنطة لما صارت طحيناً فقد زال موضوعها بصيرورتها طحيناً .

ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا (١) أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يُورث بالموت (٢) ، ويُسقَط بالإسقاط ابتداء (٣) ، أو في ضمن معاملة (٤) ،

بل هو (٥) على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة (٦)

وإن قلنا : إن بقاء الموضوع في الاستصحاب هو امر حقيقي وواقعي ففيما نحن فيه يجري الاستصحاب ، حيث إن موضوع الحنطة بعد جعلها طحيناً باق على حقيقتها الواقعية عما هي عليه ولم تذهب .

(١) اى في قوله في ص ٢٩١ : ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري ، فإنه افاد هناك أن جواز الفسخ في البيع الخياري من عوارض العقد فيصح لصاحب الخيار الفسخ وان تلفت العين

بخلاف الجواز في المعاطاة ، حيث إنه متعلق بالعوضين ، ومن عوارضها فارادة ازالة المعاطاة متوقفة على تراد العينين .

(٢) حيث إن جواز الفسخ في العقود الخيارية حق من الحقوق الثابتة لصاحب الخيار فينتقل هذا الحق بموت صاحب الخيار الى وارثه .

بخلاف المعاطاة ، فإن جواز الرجوع فيه حكم من الأحكام الشرعية فبموت احد المتعاطيين لاينتقل هذا الحكم الى وارثها فتكون المعاطاة لازمة بموت احدهما .

(٣) اى من دون شرط سابق في إسقاط الحق في ضمن المعاملة .

(٤) اى مع شرط سابق في إسقاط الحق في أثناء المعاملة كما في الخيارات .

(٥) اى جواز التراد .

(٦) اى في عدم احتياجها الى الفسخ ، فالمعاطاة بناءً على القول بالملك مثل الهبة بعينها .

وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني (١) بحيث لو علم (٢) كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف .

فلو مات (٣) احد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للاصل (٤)

---

(١) فيبقى الطرفان على إباحة التصرف حتى ينكشف لهما ، أولأحدهما عدم الرضا بالتصرف .

(٢) اى احد المتعاطيين في إباحة الطعام .

(٣) الفاء تفريع على ما أفاده : من أن جواز الرجوع في المعاطاة ليس نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يُورَّث ، بل هو نظير الرجوع في الهبة في أنه لا يُورَّث ، اى فعلى ضوء ماذكرنا فلو مات احد المتعاطيين لم يجز لوارثه الرجوع ، لأن الموروث الذي تركه الميت لابد أن يكون ملكاً أو حقاً حتى ينتقل الى الوارث ، ويشمله قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ماتركه الميت : من ملك ، أوحق فهو لوارثه .

ومن الواضح أن الحكم بجواز المعاملة الجائزة كالمعاطاة والهبة ليس مما تركه الميت : من ملك أوحق حتى يرثه الوارث ، بل هو حكم شرعي كان ثابتاً في شخص الواهب والمتعاطيين ، وقائماً بذاتهما مادامـا موجودين في الحياة ، وبعد موتهما لايقبل الانتقال حتى يرثه الوارث ، فليس للوارث رجوع فيه بعد موت مورثه كما لم يكن له رجوع فيه قبل موت مورثه .

(٤) تعليل لعدم جواز الرجوع لوارث المتعاطيين بعد موتهما .

وقد عرفته آنفاً عند قولنا : اى فعلى ضوء .

والمراد من الاصل ما فسرناه لك : وهو أن الوارث ليس له حق -

لأن (١) من له واليه الرجوع هو المالك الاصلي ، ولا يجري الاستصحاب (٢) ولو جُنّ (٣) احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين

- الرجوع في المأخوذ بالمعاطاة قبل موت مورثه كما ليس له ذلك بعد موته .

(١) تعليل للرجوع الى الاصل المذكور في قوله : للاصل اى إنما يرجع الى هذا الاصل ، لأن من له الرجوع واليه الرجوع هو المالك الأصلي الحقيقي وهو المورث ، لا الوارث ، وبموت المورث انتفى الرجوع ، لأنك عرفت آنفاً : أن الحكم بجواز البيع المعاطاتي صفة قائمة بذات المتعاطيين وشخصها مادأما موجودين وقد انتفى بموتهما ، أو بموت احدهما .

(٢) اى استصحاب جواز رجوع المالك الحقيقي الذي هو المورث في حياته ، وبعد مماته يشك في زواله فيجريه الوارث .

وأما وجه عدم الجريان فلعدم اتحاد الموضوع ، حيث إن الموضوع اصبح شيئين بعد موت المورث : وهما : المورث والوارث ، والموضوع في الاستصحاب لابد أن يكون متحداً .

(٣) هذه هي (الصورة التاسعة والعشرون) وهي مَطاف الصور وخاتمتها سواءٌ افادت المعاطاة الملكية ام الاباحة المجردة .

والظاهر أن هذه الصورة متفرعة على الصور المذكورة في جواز الرجوع عند وجود العينين ، والاختلاف في الرجوع عند تلف احداهما أو تلف بعض احداهما ، أو تلف بعض كل واحدة منهما .

فكل ماقلناه هناك يأتي هنا عند قيام ولي المجنون مقامه .

وكذا كل ما قلناه هناك : من جواز الرجوع وعدمه في صورة مزج العينين أو احداهما بعين اخرى يأتي هنا . -

(السابع) (١) : أن الشهيد الثاني في المسالك ذكر وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف (٢) ، أو معاوضة مستقلة .

قال : يحتمل الاول (٣) ، لأن المعاوضات محصورة (٤) ، وليست (٥)

- وكذا يأتي هنا ماقلناه في المزج : من أنه لو كان متلفاً للعين يُلحق بالتلف .

وكذا يأتي هنا ماقلناه في تغيير المزج للصورة الشخصية .

ففي جميع هذه الصور يقوم ولي المجنون مقامه .

ثم إن في المقام صوراً اخرى تركناها ، خوفاً من الإطالة .

(١) اى الامر السابع من الامور التي افادها الشيخ في ص ٢١٨ بقوله : وينبغي التنبيه على امور :

(٢) اى تلف احدى العينين ، أوبعض كل واحدة من العينين،أوبعض كلتا العينين .

وليس المراد من التلف تلف العينين معاً ، لأنه لامجال للحكم بأن المعاطاة بعد تلف العينين هل هو بيع ، أومعاوضة مستقلة ؟

(٣) وهو أن المعاطاة بعد تلف احدى العينين ، أو بعض احداهما أو بعض كلتا العينين بيع .

(٤) كالاجارة والرهن ، والقرض والبيع ، والصلح والهبة ، والمساقاة والمزارعة والمضاربة ، وما شاكلها .

(٥) اى المعاطاة ليست احدى المعاوضات المذكورة .

راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الحديثة . الجزء ٣ . ص ٢٢٤

أقول : است ادري ماذا يقصد (شيخنا الشهيد الثاني) قدس سره من المعاوضات حتى تكون محصورة ، لتكون نتيجتها خروج المعاطاة عن حريم المعاوضات .

-

احداها ، وكونها (١) معاوضة براسها يحتاج الى دليل .

ويحتمل الثاني (٢) ، لإطباقهم على أنها ليست بيعاً حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف ؟

وتظهر الفائدة (٣) في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف ، الثمن ، أوبعضه .

- أليس معنى المعاوضة هو تعويض شيء بشيء وتبديله مكان شيء آخر؟
وقد عرفت في ص ٩ من هذا الجزء في تعريف البيع : أن حقيقة البيع وماهيته : هو تبديل مال بمال كما صرح بذلك صاحب المصباح المنير
وهذا التبديل والتعويض بعينه موجود في المعاطاة وصادق فيه بالمطابقة
ثم المعاملات الواقعة في العالم كلها على نحو المعاطاة .
وهل في العالم أجمع سوى المعاطاة ؟

(١) دفع وهم من الشهيد الثاني .

حاصل الوهم : أن المعاطاة وإن لم تكن احدى المعاوضات، لكنها معاوضة براسها .

فأجاب الشهيد الثاني : أن كون المعاطاة معاوضة براسها يحتاج الى دليل .

(٢) وهو أن المعاطاة معاوضة مستقلة ، لاجماع الفقهاء على أن المعاطاة عند وقوعها ما كانت بيعاً فبعد التلف كيف تصير بيعا ؟

(٣) اى فائدة الاحتمالين : هما : احتمال أن المعاطاة بيعاً ، واحتمال أنها معاوضة مستقلة : بمعنى أنه أية ثمرة فقهية تترتب على هذا النزاع .

فاجاب الشهيد الثاني أن هناك ثمرة مترتبة على هذا النزاع : وهو أنه لو قلنا إن المعاطاة بيع تترتب عليه أحكام البيع المختصة به : من خيار الحيوان -

وعلى تقدير ثبوته (١) فهل الثلاثة (٢) من حين المعاطاة ، أو من حين اللزوم (٣) ؟ كل محتمل ، ويشكل الاول (٤) بقولهم : إنها ليست بيعاً

= اذا كان التالف الثمن ، أو بعض الثمن، فإنه لو كان التالف المثمن الذي هو الحيوان فقد سقط الخيار .

(١) اى وعلى فرض ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة بعد لزومها الحاصل من التلف .

(٢) اى ثلاثة أيام التي هو خيار الحيوان هل هي من حين وقوع المعاطاة ، أومن حين لزومها وهي وقت التلف .

والثمرة المترتبة على هذا النزاع أنه لو قلنا : إن الخيار من حين الوقوع فلو فرضنا تلف الحيوان كان بعد لحظة من وقوع المعاطاة : كان لصاحب الخيار تمام ثلاثة أيام .

وإن كان في آخر اليوم الاول من أيام الخيار كان له يومان .

وإن كان في آخر اليوم الثاني فله يوم واحد ، وإن كان في وسط اليوم الاول ، أو في وسط اليوم الثانى فله مابقي من اليوم الاول واليومين أو مابقي من اليوم الثانى واليوم الاخير .

وإن قلنا : إن خيار ثلاثة أيام الحيوان من وقت لزوم المعاطاة : وهو وقت تلف الحيوان ، فلو كان التلف في يوم السبت ، ووقوع المعاطاة في يوم الخميس فلصاحب الخيار حق الخيار من يوم السبت الذي هواليوم الثالث من أيام الخيار الى آخر يوم الاثنين ، لامن بداية يوم الاثنين الى آخره الذي هو اليوم الثالث من أيام الخيار .

(٣) وهو يوم التلف .

(٤) وهوكون ثلاثة أيام خيار الحيوان من حين وقوع المعاطاة ، لأن =

والثاني (١) بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها .

اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب ، والتلف تمامه (٢)

والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا (٣) ، بناءً على أنها ليست لازمة ، وإنما يتم على قول المفيد (٤) ومن تبعه .

وأما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين (٥)

ـ الفقهاء قالوا : إن المعاطاة ليست بيعاً : وهذا يتنافى والقول بكون ثلاثة أيام خيار الحيوان من حين وقوع المعاطاة ، اذ ثبوت الخيار فرع كون المعاطاة بيعاً ، واذا لم تكن بيعاً فمن أين يأتي لها الخيار ؟

(١) اى ويشكل الثانى : وهو كون الخيار من حين لزوم المعاطاة الذي هو وقت تلف الحيوان ، لأن التصرف في الحيوان في أيام الخيار ليس معاوضة بنفسها فكيف يمكن جعل خيار الحيوان لها ؟

(٢) اى تمام السبب : بأن نقول : إن تحقق المعاملة في الحيوان في الخارج له سببان :

احدهما نفس المعاطاة ، ثانيها تلف الحيوان .

(٣) اى في باب بيع الحيوان بالمعاطاة بعد التلف .

(٤) فإن شيخنا المفيد افاد بلزوم المعاطاة مطلقا قبل التلف ، أوبعده فيثبت خيار الحيوان حينئذ .

(٥) يحتمل أن يراد من التقديرين هما : كون المعاطاة بعد اللزوم بيعاً ، أو معاوضة مستقلة .

ويحتمل أن يراد من التقديرين هما : ثلاثة أيام خيار الحيوان من حين وقوع المعاطاة ، أو من حين اللزوم .

وجه جريان خيار العيب ، وخيارالغبن في المعاطاة ، وثبوتها فيها : عدم اختصاصها بالبيع ، بل يجريان في جميع العقود .

كما أن خيار المجلس منتف (١) . انتهى (٢)

والظاهر أن هذا (٣) تفريع على القول بالإباحة في المعاطاة (٤) .

وأما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة ، أوبيعا متزلزلاً قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم اذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال في ذلك عندهم على ماتقدم من المحقق الثاني ، فاذا لزم (٥) صار بيعا لازماً فتلحقه أحكام البيع (٦) عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي (٧) الذي مبناه على اللزوم (٨) لولا الخيار .

---

(١) وجه الإنتفاء أن خيار المجلس يأتي في البيع اللازم ، والمعاطاة لاتفيد اللزوم إلا على مذهب شيخنا المفيد ومن تبعه .

(٢) اى ما افاده الشهيد الثاني قدس سره في المسالك .

(٣) وهما القولان المذكوران : في أن المعاطاة بعد التلف هل هو بيع ، أو معاوضة مستقلة ؟

(٤) حيث إن المحقق حمل الإباحة المجردة على الملكية المتزلزلة .

(٥) اى المعاطاة اذا صارت لازمة بسبب تلف احدى العينين أو بعض احداهما ، أو بعض كلتيهما .

(٦) من اللزوم ، وخيار الحيوان ، وخيار العيب ، وخيار الغبن

(٧) يقصد الشيخ أن المعاطاة بعد صيرورتها بيعاً لازماً بالتلف تترتب عليها أحكام البيع : من الخيارات المذكورة ، سوى الشرط الثابت في البيع العقدى : وهو الايجاب والقبول اللفظيين .

(٨) اى بطبيعته الأولية لولا وجود الخيار في البين الثابت من الشارع أومن المتابعين ، فإن البيع من بادىء الامر بني على اللزوم . فليس فيه -

وقد تقدم (١) أن الجواز هنا لايراد به ثبوت الخيار .

وكيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا بعد تلف احدى العينين ، أو مافي حكمه (٢) ،وبعد التلف تترتب عليه أحكام البيع (٣) عدا ما اختص دليله بالبيع (٤) الواقع صحيحاً من اول الامر .

والمحكي من حواشي الشهيد أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة : أولازمة

= تزلزل وتضعضع ، لكن التزلزل يأتي من ناحية الخيار الذاتي كما إذا كان المبيع حيواناً ، فيثبت الخيار للمشتري فقط ، وللبايع والمشتري اذا كان الثمن والمثمن حيواناً .

أو ظهر في المبيع عيب ، أو كان المشتري ، أو البايع مغبوناً أو كان البيع في المجلس ، فإن في هذه الصور يكون البيع متزلزلاً ومتضعضعاً يجوز للمشتري ، أولهما الخيار بفسخ العقد .

أوكان الخيار عرضياً كما إذا اشترط احد المتعاطيين ، أو كلاهما الخيار لنفسه،فإنهفي هذه الصورة يكون البيع متزلزلاً الى أن تنقضي مدة اشتراط الخيار

(١) اي في ص ٢٩٣ بقوله : بخلاف مانحن فيه ، فإن الجواز فيه بمعنى جواز الرجوع .

يريد الشيخ أن يعطيك قاعدة كلية : وهي أن كل ما ذكر الجواز في المعاطاة يراد منه الجواز الذي هو تراد العينين ، ولا يراد منه ثبوت الخيار .

(٢) كالوقف والهبة المعوضة ، أولذي ذى رحم .

(٣) كخيار الحيوان ، والعيب ، والغبن ، وكل ما اشترط في البيع: من شروط المتعاقدين ، والعوضين .

(٤) كالايجاب والقبول اللفظيين .

والظاهر أنه (١) اراد التفريع على مذهبه : من الإباحة ، وكونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الاخرى لكن لزوم هـذه المعاوضة لايقتضي حدوث الملك كما لايخفى فلابد أن يقول (٢) بالإباحة اللازمة ، فافهم (٣)

(الثامن) (٤) : لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة (٥) التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما اذا تحقق إنشاء التمليك أو الاباحة بالفعل : وهوقبض العينين .

أما اذا حصل (٦) بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم .

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الانشاء اللفظي كما قويناه سابقا (٧) ، بناءً على التخلص بذلك (٨) عن اتفاقهم على توقف

---

(١) أى الشهيد الثاني .

(٢) أى الشهيد الثاني .

(٣) لعله اشارة الى عدم انسجام اللزوم مع الاباحة .

(٤) أى الأمر الثامن من الامور التي اشار اليها الشيخ بقوله في ص ٢١٨ : وينبغي التنبيه على امور :

(٥) وهو التعاطي من الطرفين الذي هو المعنى الموضوع له لغة حيث إنه مشتق من عاطى يعاطي من باب المفاعلة وهي محتاجة الى طرفين كل منهما يعطي الآخر .

(٦) اى المعاطاة حصل بالقول الذي لم يكن جامعاً لشرائط اللزوم كالماضوية ، وتقدم الايجاب على القبول مثلاً .

(٧) عند قوله في ص ٢٠٠ : نعم الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد ، للسيرة .

(٨) اى بعدم اشتراط لزوم شيء زائد على اللفظ في لزوم العقد

العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك (١) عقداً لازماً .

وإن قلنا بمقالة المشهور : من اعتبار امور زائدة على اللفظ (٢) فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي (٣) الى حكم المعاطاة مطلقا (٤) أو بشرط تحقق قبض العين (٥) ، معه ، أولا يتحقق به مطلقا (٦) ؟

---

(١) اى بهذا العقد الفاقد لبقية الشرائط المعتبرة في البيع .

(٢) كالعربية والماضوية ، وتقدم الايجاب على القبول مثلاً .

(٣) وهو الإنشاء القولي السابق الفاقد لبقية الشرائط .

(٤) سواءً تقابضا ام لم يتقابضا .

(٥) اى أو أن ذلك الإنشاء اللفظي السابق يرجع الى حكم المعاطاة لكن بشرط تحقق القبض مع هذا العقد الناقص من بعض الشروط ، فإذا لم يتحقق القبض لم يرجع ذلك الإنشاء اللفظي السابق الى حكم المعاطاة

(٦) اى لا يتحقق المعاطاة من هذا العقد المشتمل على اللفظ فقط وكان ناقصاً من بقية الشروط ، سواءً تحقق التقابض ام لم يتحقق .

فالاحتمالات في العقد الفاسد ثلاثة .

(الاول) : وقوع التعاطي بمجرد العقد ، سواءً حصل التقابض ام لم يحصل .

(الثاني) : وقوع التعاطي بالتقابض ، سواءً حصل إنشاء ثانوي ام لم يحصل .

(الثالث) : وقوع المعاطاة بالتقابض مع إنشاء ثانوي .

والظاهر أن الشيخ قدس سره قد اختار الأخير ، وهو الأرجح .

نعم اذا حصل إنشاء آخر (١) ، بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالإنشاء القولي السابق (٢) كالعدم لا عـــبرة به ، ولا بوقوع (٣) القبض به خالياً عن قصد الإنشاء ، بل بانياً (٤) على كونه حقـــاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق .

نظير القبض في العقد الجامع للشرائط .

---

(١) اى لابمقتضى الإنشاء الاول الذي كان ناقصاً ، بل حصـــل إنشاء جديد بسبب القبض الذي يتحقق بعد هذا الإنشاء .

(٢) اى الإنشاء السابق على التقابض الذي كان فاسداً ، لنقصان بعض الشروط المعتبرةفي العقد : يعد معدوما لاوجود له ، ولا إعتبار به اصلاً بل الإعتبار بصحة مثل هذه المعاوضة الخاليـــة عن بعض الشروط الاخرى بالقبض الجديد الحاصل من الطرفين بإنشاء جديد .

(٣) اى وكذا لا اعتبار بالقبض بعد العقد الفاسد السابق على التقابض اذا كان التقابض خالياً وفارغاً عن إنشاء ثانوي .

(٤) في الواقع هـذا تعليل لعدم الاعتبار بالقبض الخالي عن إنشاء ثانوي وان كان قد صدر بعد العقد الفاسد السابق .

وخلاصته : أن كل واحد من المتقابضين إنما اقبض الآخر بعد العقد الفاسد بزعم أن هذا العقد الواقع الخالي من بعض الشروط الاخرى لايحتاج الى إنشاء ثانوي جـــديد فهو كان بانياً على كون الإقباض للآخر حقا من حقوقه ، وأن التسليم له لازم ، لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق غفلةً عن حقيقة الامر وهو بطلان العقد السابق ، واحتياج الاقباض إلى إنشاء جـــديد .

فالخلاصة أنه كان يعتقـد أن الاقباض في هذا العقد نظـير الاقباض في العقد الصحيح : في أنه من آثاره .

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول (١) ، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق والشهيد الثانيين .

قال (٢) المحقق في صيغ عقوده على ماحكي عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة : إنه (٣) لو اوقع البيع بغير ماقلناه (٤) ، وعُلم التراضي منهما كان معاطاة (٥) انتهى

وفي الروضة (٦) في مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق أنها (٧) تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح (٨) ، انتهى

---

(١) وهو وقوع التعاطي بمجرد العقد ، سواء حصل التقابض ام لا والظاهر أن المراد من مشايخنا المعاصرين إما الشيخ صاحب الجواهر أو الشيخ كاشف الغطاء وهو أولى .

(٢) من هنا يريد الشيخ أن يستشهد بكلام المحقق الثاني لما استظهره من كلامه : وهو وقوع المعاطاة بمجرد العقد الفاسد ، سواء حصل التقابض ام لا .

(٣) هذا مقول قول المحقق الثاني .

(٤) وهو الايجاب والقبول اللفظيين ، وبقية شرائط العقد .

(٥) من كلامه هذا يستظهر أن المعاطاة يقع بمجرد العقد الفاسد سواء حصل التقابض ام لا .

(٦) من هنا يريد الشيخ أن يستشهد بكلام الشهيد الثاني لما استظهره من كلامه : وهو وقوع المعاطاة بمجرد العقدالفاسد ، سواء حصل التقابض املا.

(٧) اي الاشارة .

(٨) راجع (اللمعة الدمشقية) من طبعتنا الجديدة الجزء ٣ . ص ٢٢٥ عند قوله : ولا تكفي مع القدرة .

فكلامه هناك يستظهر منه ما ذكره الشيخ

وظاهر الكلامين (١) صورة وقوع الإنشاء بغير القبض ، بل يكون القبض من آثاره (٢)

وظاهره كصريح جماعة : منهم المحقق والعلامة أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان مضموناً عليه : هو (٣) الوجه الاخير (٤) لأن (٥) مرادهم بالعقد الفاسد إما (٦) خصوص ما كان فساده من جهة

- ولا يخفى أن الشيخ قدس سره نقل ما افاده الشهيد الثاني بالمعنى .

(١) اى كلام المحقق والشهيد الثانيين .

(٢) اى من آثار الإنشاء السابق الواقع بالعقد الفاسد ، لابنية المعاطاة .

(٣) خبر لقوله : وظاهره .

(٤) وهو الاحتمال الثالث الذى اشرنا اليه في الهامش ٦ ص ٣٢٨ بقولنا : الثالث وقوع المعاطاة .

(٥) اى مراد هؤلاء الجماعة ومنهم المحقق والعلامة

هذا تعليل لكون الوجه الاخير هو صريح جماعة : ومنهم المحقق والعلامة

وخلاصته : أن مراد هؤلاء الجماعة من العقد الفاسد احدى الصورتين لامحالة على سبيل منع الخلو .

(٦) هـذه هي الصورة الاولى لمرادهم ، وخلاصتها : أن المقصود من العقد الفاسد هو العقد الذي يكون منشأ فساده مجرد اختلال شروط -

مجرد اختلال شروط الصيغة كما ربما يشهد به (١) ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة ، وقبل شروط العوضين والمتعاقدين ،

وإما (٢) ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر .

= العقد كالماضوية ، وعدم تقديم الايجاب على القبول مثلاً .

(١) أى بهذا المقصود والمراد الذي نقلناه لك .

من هنا يريد الشيخ أن يستشهد على أن مراد هؤلاء الجماعة من العقد الفاسد احدى الصورتين لامحالة .

وخلاصته : أن العلامة والمحقق قالا : إنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك ، وكان مضموناً عليه وقد ذكرا هذا بعد شروط الصيغة وقبل شروط العوضين ، والمتعاقدين : من البلوغ والعقل والإختيار

وهذا دليل على أن المراد من العقد الفاسد ما كان سبب فساده هو اختلاله من بقية الشرائط .

(٢) هذه هي الصورة الثانية لكون مراد المحقق والعلامة من فساد العقد هو العقد الفاسد المختل من بعض شروط العقد .

وخلاصتها : أنه يمكن أن يكون المراد من العقد الفاسد هو العقد الخالي من بقية الشروط ، ومن الإشارة ، أو الصفق في قولهم : بارك الله في صفقة يمينك .

بعبارة اخرى أن الصورة الثانية أعم من الصورة الاولى ، إذ يمكن أن تكون فارغة من بقية الشرائط ، ومن الاشارة ومن الصفق .

بخلاف الصورة الاولى ، فإنها فارغة عن بقية شرائط العقد فقط

فبين الصورتين عموم وخصوص مطلق ، اذ كل عقد خالٍ من الإشارة أو الصفق خالٍ من بقية الشرائط ، وليس كل عقد خالٍ من بقية الشرائط خالٍ من الاشارة ، أو الصفق .

وكيف كان فالصورة الاولى داخلة (١) قطعاً

ولا يخفى أن الحكم فيها (٢) بالضمان مناف لجريان الحكم بالمعاطاة

---

(١) اى في مراد المحقق والعلامة من حيث عدم التملك ، ومن حيث إن التصرف في السلعة موجب للضمان لو تلفت ، وأن المعاملة لا ترجع الى المعاطاة .

(٢) اى في الصورة الاولى .

من هنا يريد الشيخ أن يبين أن المحقق والعلامة القائلين بالضمان وعدم تملك كل واحد من المتعاطيين لايعترفان في هذه المعاملة الفاسدة بسبب فقد بعض الشروط : برجوعها الى المعاطاة ، لأن حكمهما بالضمان مناف للقول بجريان المعاطاة ، اذ الاعتراف بجريان المعاطاة لازمه نفي الضمان ، لصحة المعاملة

فالقول بالضمان معناه فساد المعاوضة فلا يرجع فيه الى المعاطاة .

وقد افاد الرجوع الى المعاطاة الشهيد والمحقق الثانيان ولازم هذا القول عدم الضمان عند تلف السلعة ، لأن المعاطاة معاوضة برأسها لاضمان فيها بعد فرض وقوع التقابض فيها ، حيث إن انشاءه يقع بالتقابض .

بعبارة اخرى : أن بين الكلامين تهافت وتناقض .

أما كيفية التهافت فهو أن المحقق والعلامة قد افادا في مثل هذه المعاملة الفاقدة لبقية الشروط الاخرى : بعدم تملك كل واحد من المتعاملين ماأخذه من الآخر ، وأن التصرف فيه موجب للضمان لو تلف، لعدم رجوع هذه المعاملة الى المعاطاة .

ويشير الى هذا المعنى صراحة قولهما : إنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه ، وكان مضموناً عليه .

وأماالشهيد والمحقق الثانيان فقد أفادا برجوع مثل هذه المعاملة الفاقدة -

وربما يجمع (١) بين هذا الكلام ، وما تقدم من المحقق والشهيد الثانيين فيقال (٢) : إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ماذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاطاة فاذا انتفت الصحة انتفى الاذن ، لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفاً بغير اذن ، واكلاً للمال بالباطل .

ـ لبقية الشرائط الاخرى الى المعاطاة .

ولازم هذا الكلام عدم الضمان لو تلف المأخوذ بالمعاطاة ، لكون المعاطاة معاوضة برأسها وقد وقع التقابض فيها والتقابض موجب لإنشاء المعاطاة ، فالنتيجة أنه لاضمان فيها .

ويشير الى هذا المعنى صراحة قول المحقق الثاني : إنه لو اوقع البيع بغير ماقلناه ، وعُلم التراضي منهما كان معاطاة .

وكذا يشير الى هذا المعنى صراحة قول الشهيد في شرح اللمعة ولا تكفي مع القدرة ، نعم تفيد المعاطاة .

راجع المصدر السابق .

فصراحة هذين الكلامين تدل على رجوع مثل هذه المعاملة الفاسدة بسبب فقد بعض الشروط : الى المعاطاة ، ولازم هذا الرجوع هو عدم الضمان كما عرفت .

وهذا معنى التهافت والتناقض بين الكلامين .

(١) اى يجمع بين الكلامين المتناقضين للمحقق والعلامة ، والمحقق والشهيد الثانيين ، والجامع بين الكلامين هو صاحب مفتاح الكرامة .

(٢) هذه كيفية الجمع .

وخلاصتها : أن موضوع مسألتنا التي هو وقوع المعاطاة بالعقد ـ

. . . .

ــ الفاسد ، أو أنه لا يجوز التصرف في المأخوذ بالعقد الفاسد يختلف

ففي الأول الذي هو وقوع المعاطاة دو العلم بالرضا ، وفي الثاني الذي هو عدم جواز التصرف في المأخوذ بالعقد الفاسد ، وأنه موجب للضمان : هو العلم بعدم الرضا ، إلا بناءً على مايقتضيه العقد الفاسد .

فالمحقق والعلامة القائلان بالضمان ، وعدم الملك الذي لازمه عدم وقوع المعاطاة يقصدان عدم العلم بالرضا فيكون التصرف تصرفاً بغير اذن ويكون اكل المال به اكلاً للباطل ، لأن أسباب حلية التصرف ، وحلية اكل المال وعللها في الشرع منحصرة إما بالبيع ، أو التجارة ، أو الهبة أو التوارث ، أو الاذن ، أو الوقف ، أو غيرها من الأسباب المجوزة للتصرف والأكل .

والمفروض إنتفاء البيع والتجارة هنا ، لفساد المعاملة .

وكذا الهبة والتوارث والاذن والوقف منتفية .

وأما الرضا المتقدم قبل فساد المعاملة فهو كالعدم بعد فرض بطلان المعاملة .

والموضوع عند الشهيد والمحقق الثانيين هو العلم بتجدد الرضا وحدوثه في التصرف وإن كان عالماً بفساد المعاملة .

فالمعاطاة يحصل بالتراضي الجديد كما أنه كان حاصلاً ومتحققاً قبل الفساد بالتراضي الموجود حال العقد ، فلا يكون التصرف تصرفاً بغير اذن ويكون اكل المال اكلاً صحيحاً .

هذه خلاصة الجمع الذي افاده صاحب (مفتاح الكرامة) في هذا المقـــام .

لإنحصار (١) وجـه الحل في كون المعاملـة بيعا ، أو تجارة عن تراض أو هبة ، أونحوها (٢) : من وجوه الرضا باكل المال بغير عوض .

والأولان (٣) قد انتفيا بمقتضى الفرض (٤) ، وكذا البواقي (٥) للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف ، مع عـدم بذل شيء في المقابل ، فالرضا المتقدم (٦) كالعدم .

فإن تراضيا (٧) بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمر رضاهما فلا كلام

= فاذا عرفت هذه الخلاصة ، وعرفت موضوع المسألة عنـد المحقق والعلامة ، وعند الشهيد والمحقق الثانيين تعرف علة حـكم المحقق والعلامة بالضمان ، وعدم التملك ، وعدمرجوع المعاملة الى المعاطاة .

وعلـة حكم الشهيـد والمحقق الثانيين بالضمان ، ورجوع المعاملـة الى المعاطاة .

(١) تعليل لعدم جواز التصرف ، وأن اكل المال اكل بالباطل وقد عرفته في ص ٣٣٥ عند قولنا : لأن أسباب حلية التصرف

(٢) كالاذن والتوارث والوقف .

(٣) وهما البيع والتجارة قد انتفيا بمقتضى الفرض .

(٤) اذ الفرض فساد المعاملة بسبب فقدان بعض الشروط المعتبرة في البيـع .

(٥) وهي الهبة والاذن ، والتوارث والوقف .

(٦) وهو الحاصل قبل فساد المعاملة .

(٧) اى المتعاقدان لو تراضيا من جديد بعد العلم بفساد المعاوضة كما افاد هذا الرضا الجديد الشهيد والمحقق الثانيان .

في صحة المعاملة ، ورجعت الى المعاطاة (١) كما اذا عُلم الرضا من اول الامر (٢) بإباحتها التصرف بأي وجه اتفق ، سواءً صحت المعاملة أم فسدت ، فإن ذلك (٣) ليس من البيع الفاسد في شيء .

اقول : المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط (٤) لاتتضمن إلا إنشاءً واحداً هو التمليك (٥)

ومن المعلوم أن هذا المقدار (٦) لايوجب بقاء الاذن الحاصل في ضمن التمليك (٧) بعد فرض انتفاء التمليك ، والموجود (٨) بعده إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام (٩) لأن المعاطاة حينئذ إنما تحصل به (١٠) ، لا بالعقد الفاقد للشرائط (١١) ، مع أنك عرفت أن ظاهر

---

(١) كما افاد هذا الرجوع الشهيد والمحقق الثانيان .

(٢) كما افاد هذا الرضا من بداية الامر الشهيد والمحقق الثانيان .

(٣) وهو الرضا بالتصرف من الجانبين .

(٤) كالماضوية والعربية مثلاً .

(٥) وهو التمليك الاول الذي حصل بالصيغة الفاقدة لبعض الشرائط

(٦) وهو إنشاء التمليك الاول .

(٧) وهو التمليك المشار اليه آنفاً .

(٨) اى الاذن الموجود بعد التمليك الفاسد الذي عرفته .

(٩) لأن الكلام في الاذن الحاصل من إنشاء التمليك الاول الذي حصل بالصيغة الفاقدة لبقية الشرائط ، لافي الحاصل بإنشاء آخر في ضمن التقابض .

(١٠) اى بالإنشاء الثانوي الذي عرفته آنفاً .

(١١) كما في التمليك الاول الذي عرفته آنفاً .

كلام الشهيد والمحقق الثانيين حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البيع ، وبنفس الصيغة الخالية عن الشرائط ، لا بالتقابض الحاصل بعدهما (١)

ومنه (٢) يُعلم فساد ماذكره : من حصول المعاطاة بتّراض جديد بعد العقد غير (٣) مبني على صحة العقد .

ثم إن ما ذكره (٤) : من التّراضي الجديد بعد العلم بالفساد (٥) مع اختصاصه (٦)

---

(١) اى بعد الإشارة المفهمة بقصد البيع ، وبنفس الصيغة الخالية

(٢) اى ومن ذهاب الرضا بذهاب التمليك الاول الحاصل بالصيغة الفاقدة لبقية الشرائط المعتبرة في البيع : يُعلَم فساد ماذكره المحقق الثاني بقوله : وعُلم التراضي .

وجه الفساد أن التراضي الحاصل من العقد الفاسد قد ذهب وصار هباءً منثوراً وكأن لم يكن شيئاً مذكوراً .

ومجرد التراضي الجديد من دون تقابض بين الطرفين لايحقق المعاطاة اذ كيف يمكن حصول المعاطاة بتراض جديد لا يكون مبنياً على صحة العقد اذ العقد بفقدانه الشروط المعتبرة اصبح فاسداً لا اعتبار به .

(٣) بالجر صفة لكلمة بتّراضٍ جديد وقد عرفت معنى هذا عند قولنا آنفاً : اذ كيف يمكن الحصول .

(٤) اى المحقق الثاني في قوله آنفاً : وعُلم التراضي .

(٥) اى بفساد العقد الفاقد لبعض الشروط المعتبرة في البيع .

(٦) اى مع اختصاص التراضي الجديد الحاصل بعد إنتفاء التراضي الاول بفساد العقد : بعلم الطرفين بفساد العقد ، والعلم هذا يحصل بعد وقوع العقد الفاسد ، وقبل التقابض الجديد .

بما اذا علما بالفساد ، دون غيره (١) من الصور ، مع أن كلام الجميع مطلق (٢) :

يرد (٣) عليه أن هذا التراضي إن كان تراضيا آخر حادثاً بعد العقد

---

(١) اى دون غير العلم بالفساد من الصور :

وهي، صورة عدم علم الطرفين بالفساد اصلا .

وصورة العلم بالفساد بعد التصرف ، أو التلف .

فهاتان الصورتان تنضمان مع الصورة الاولى فتصير ثلاث صور : وهو مجموع الصور التي يقصدها الشيخ . اليك تفصيلها :

(الاولى) : علم الطرفين بالفساد .

(الثانية) : عدم علمهما بالفساد اصلا .

(الثالثة) : علمهما بالفساد بعد التصرف ، أو بعد التلف .

(٢) اى جميع الفقهاء اطلقوا العلم بالفساد ولم يقيدوه بصورة علم المتعاطيين بالفساد ، فظاهر هذا الإطلاق شموله لبقية الصور التي ذكرناها لك

(٣) من هنا يريد الشيخ النقاش مع المحقق الثاني فيما افاده بقوله : (وعلم التراضي) : بعد العلم بأن مقصود المحقق من التراضي هو التراضي الجديد الحاصل بعد ذهاب التراضي الاول بفساد العقد ، ولذا جعل الشيخ هذا التراضي الجديد محور نقاشه مع المحقق .

وقد ذكر الشيخ كيفية نقاشه معه في المتن وافاد أن هذا التراضي الجديد الحادث بعد العقد الفاسد لايخلو من احد الامرين على سبيل منع الخلو لامحالة

ونحن لانعيد ما افاده في المتن ، بل نكتفي بالاشارة الى الامرين عندما يذكرهما الشيخ

فإن كان (١) لاعلى وجـه المعاطاة ، بل كل منهما رضي بتصرف الآخر في ماله (٢) ، من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه في ماله (٣) فهذا ليس من المعاطاة (٤) ، بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى مادام العلم بالرضا (٥) ، ولا يكفي (٦) فيه عدم العلم بالرجوع ، لأنه (٧) كالاذن

(١) اى التراضي الجديد الحادث بعد العقد .

هذا هو الامر الاول من الامرين .

(٢) بأن كان هذا التراضي الجديد مجرد رضاً فقط ، من دون أن يكون هناك إنشاء جديد .

(٣) أى لا يلاحظ رضا الآخر في التصرف عندما يرضى التصرف في ماله .

(٤) لأن المعاطاة يعتـبر فيه ملاحظة الرضا من الطرفين الحاصـل بالإنشاء الجديد غير الانشاء الاول الذي ذهب بفساد العقد .

(٥) أى بالرضا الجديد .

(٦) دفع وهم .

حاصل الوهم : أنه بعد حصول الرضا بالعقد الفاسد ، وعدم العلم برجوع الطرف الآخر عن هذا الرضا نشك في زوال هذا الرضا فنستصحبه

فاجاب الشيخ عن الوهم المذكور ماحاصله : أنه لايكفي عـدم العلم برجوع الطرف الآخر عن هـذا الرضا بعد الشك في الرجوع عن الرضا بل جواز التصرف في المال متوقف على العلم برضاً جـديد ، فلا مجال للاستصحاب .

(٧) تعليل لعدم كفاية عدم العلم بالرجوع وأنه لامجال للاستصحاب

يروم الشيخ من هذا التعليل تشبيه الرضا الجديد الحاصل بعد العقد الفاسد : بالاذن الحاصل للانسان من شاهد الحال .

الحاصل من شاهد الحال ، ولا يترتب عليه (١) اثر المعاطاة : من اللزوم بتلف (٢) احدى العينين ؛ أوجواز (٣) التصرف الى حين العلم بالرجوع

ـ وخلاصة التشبيه : أنه كما ليس لهـذا الاذن الحاصل من شاهد حال الطرف المقابل من الصديق الشمول الاطلاقي يشمل جميع جوانب شاهد الحال في كل زمان ، بل الاذن في كل تصرف جديد يحتاج الى شاهد حال آخر ، غير شاهد الحال الاول .

كذلك الرضا الجديد الحاصل بعد العقد الفاسد لا يكفي فيه عـدم العلم بالرجوع عند الشك في الرجوع ، بل لابد فيه من العلم بعدم الرجوع

(١) في النسخ الموجودة عندنا : (ولا يترتب عليه) بالواو .

والأنسب أن تؤتى الجملة بفاء التفريع المعبر عنها بفاء النتيجة ، حيث إن الجملة تفريع على ما افاده الشيخ : من أن الرضا الجـديد كالاذن الحاصـل من شاهـد الحـال ، اى فعـلى ضوء ما ذكرنا : من كون الرضا الجـديد كالاذن فلا يترتب على هذا الرضا الجديد اثر المعاطاة : من لزومها بتلف احـدى العينين ، أو بعض احـداهما ، أو بعض كل واحدة منهما .

كما أن الاذن كـذلك لايترتب عليه شيء من الضمان لوتلف المأذون فيه بغير تفريط ، أو إفراط .

(٢) هذا احد أسباب لزوم المعاطاة .

(٣) بالجر عطفاً على مجرور (الباء الجارة) في قوله : بتلف احدى العينين اى وبجواز التصرف .

فهـذا ثاني أسباب لزوم المعاطاة فيجوز لـكل واحـد من المتعاطيين التصرف فيما اخـذه بالمعاطاة بأي نحو من أنحاء التصرف حتى المتوقفة ـ

أو مع (١) ثبوت احدهما .

وان كان (٢) على وجه المعاطاة فهذا (٣) ليس إلا التّراضي السابق

= على الملك الى أن يعلم برجوع المالك فالتصرف يكون ملزماً له .

ثم لايخفى عليك أن لزوم المعاطاة بتلف احدى العينين أعم من أن تكون المعاطاة مفيدة للملكية ، أو الإباحة المجردة .

(١) هـذه الجملة : أو مع ثبوت احدهما في بعض النسخ ليست موجودة ، وفي بعض النسح ومنها النسخة الخطية بخط الشيخ قدس سره الموجودة عندنا موجودة .

والظاهر لامجال لذكرها .

(٢) اى التّراضى الجديد الحاصل بعد فساد العقد الذي افاده المحقق الثاني .

هـذا هو الامر الثاني من الامرين الذين لابد أن يكونا على سبيل منع الخلو .

(٣) اى التراضي الجديد الذي كان على وجه المعاطاة ليس إلا ذاك التّراضي الاول الذي ذهب شرعاً بفساد العقد ، والذي به اقدما على ملكية كل منهما ماله للآخر .

ولا يخفى أن ما افاده الشيخ : من أن هذا التراضي الجديد ليس إلا التراضي السابق فيه نظر ، حيث إن التّراضي الاول قد ذهب شرعاً بفساد العقد ولم يبق منه اثر فكيف يمكن أن يكون هذا التّراضي الجديد نفس ذاك التّراضي السابق شرعاً .

نعم يمكن أن يكون نفس ذاك تكويناً ، حيث إن التّراضي التكويني الذي هو الرضا النفسي والقلبي لايزال موجوداً .

وأما نفس ذاك شرعاً فلا نعترف به .

على ملكية كل منهما لمال الآخر ، وليس تراضيا جديداً ، بناءً (١) على أن المقصود بالمعاطاة التمليك كما عرفتـه (٢) من كلام المشهور ، خصوصاً المحقق الثاني ، فلا (٣) يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود: إن الصيغة الفاقدة للشرائط مـع التراضي يدخل في المعاطاة التّراضي (٤) الجديد الحاصل بعد العقد ، لاعلى وجه المعاوضة .

وتفصيل (٥) الكلام : أن المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضاً من كل منهما في تصرف الآخر ، بل حصل

---

(١) تعليل لكون التّراضي الجديد ليس إلا التّراضي السابق اى القول بذلك مبني على افادة المعاطاة التمليك . لأن التمليك الاول الذي جاء من قبل المعاطاة قد ذهب وُعدم ، والتّراضي الجديد لايحدث تمليكاً ، لفساد العقد ولا يصير سبباً لحدوث معاطاة جديدة .

(٢) اي عرفت في ص ٧١ : أن قصد المتعاطين التمليك .

(٣) تفريع على ما أورده على المحقق الثاني : من أن التّراضي الجديد لو كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلا التراضي السابق .

وقد ذكرنا خلاصة هذا التفريع آنفاً عند قولنا : لأن التمليك الاول الذى جاء من قبل المعاطاة قد ذهب .

(٤) بالنصب مفعول لقوله : أن يريد اى فلا يجوز للمحقق أن يريد من التراضي التّراضي الجديد الحاصل بعد العقد لاعلى وجه المعاوضة .

وجملة : إن الصيغة الفاقـدة للشرائط مع التّراضي مقول قول المحقق

(٥) اى وتفصيل الكلام حول التنبيه الثامن الذي صيغ لإخراج العقد الفاسد الفاقد لبقية الشروط المعتبرة في البيـع عن المعاطاة .

قهراً عليهما ، أو على احدهما ، وإجباراً على العمل بمقتضى العقد (١)

فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه (٢)

وكذا (٣) إن وقع على وجـه الرضا الناشيء عن بناء كل منهما على ملكيـة الآخر : اعتقاداً (٤) أو تشريعاً (٥) كما (٦) في كل قبض وقع على هذا الوجه ، لأن (٧) حيثيـة كون القابض مالكاً مستحقاً لما

---

(١) اى العقد الفاسد .

(٢) وهو وقوع التقابض قهراً ، أو إجباراً على العمـل بمقتضى العقد الفاسد .

(٣) اى وكذا يحرم التصرف إن وقع التقابض .

(٤) معنى اعتقاداً أن كلاً منهما يعتقد أن ماعنده ملك للآخر ، فالتصرف على هذا الوجه لايجوز ايضا .

(٥) بأن يعتقد كل منهما أن ماعنـده ملك للآخر بحسب الشرع : بأن وقع استحقاق ملكية الآخر على وجـه المعاطاة وإن كان هـذا الاعتقاد غلطاً غير مطابق للواقع فيما نحن فيه ، لفساد العقد بفقده الشرائط المعتبرة

(٦) اى كما يحرم التصرف في كل قبض وقع على هـذا الوجه : وهو اعتقاداً أو تشريعا : بأن مايملكه الآخذ ملك له .

(٧) تعليل لحرمة تصرف كل قبض وقع على هذا الوجه .

وخلاصته : أن هذا التقابض إنما يحصل في الخارج بناءً على هـذا الاعتقاد : وهو استحقاق الآخذ لما يأخذه واعتقاد الدافع ملكية الآخـذ في غير العقود .

ومن الواضح أن هذا الاعتقاد هي جهة تقييدية قد اخذت في مفهوم الرضا مقيداً بهذا القيد ، ولولا هذه الحيثية لما يتحقق الإقدام على الاقباض -

يقبضه جهـة تقييدية مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها (١) في الواقع كما في نظائره (٢)

وهذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين

كما أنه لا إشكال في الجواز اذا اعرضا عن اثر العقد (٣) ، وتقابضا بقصد إنشاء التمليك (٤) ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد .

وأما إن وقـع الرضا بالتصرف بعـد العقد من دون ابتنائه (٥) على استحقاقه بالعقد السابق ، ولا قصد لإنشاء تمليك ، بل وقع (٦) مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها (٧) لكان الرضا ايضاً موجوداً ، وكان المقصود الاصـلي من المعاملة التصرف

- في هذا العقد الفاسد ، بحيث لو علم القابض أن المال ليس له لا يستحقه وليس له التصرف في ذلك .

(١) اي ينتفي هذا الرضا بانتفاء هذه الحيثية والجهة التقييدية .

(٢) ى كما في نظائر هذا القيد ، فإنه كلما أُخذ شيء على جهـة القيدية والحيثية ينتفي عند انتفاء تلك الحيثية ، والجهة التقييدية .

(٣) وهو العقد الفاسد الذي لم يشتمل على بقية الشروط المعتبرة في البيع .

(٤) اى لا باعتبار اثر العقد الفاسد حتى يكون التقابض باطلاً .

(٥) اى من دون ابتناء هذا الرضا .

(٦) اى الرضا بالتصرف .

(٧) اي بحيث لولا اعتقاد الملكية كان الرضا حاصلا ايضا ، لأنه امر نفسي .

وأوقعا العقد الفاسد وسيلة له (١)

ويكشف عنه (٢) أنه لو سُئل كل منهما عن رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك ، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً .

فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على امرين :

---

(١) أي للتصرف .

(٢) اى ويكشف عن هذا الرضا بالتصرف ، وكيفية الكشف تختلف (فتارة) : بسؤال شخص ثالث منهما : بأن يقول لهما : هل كنتما راضيين عن هذا التصرف لو كان العقد فاسداً ولم يحصل التمليك والتملك؟

فالجواب نعم .

(واخرى) : بالتنبيه عليهما : بأن ينبهان أن عقدكما كان فاسداً ولم يحصل به التمليك والتملك فهل انتما راضيان بهذا التصرف ؟

فالجواب بالايجاب .

فتحصل من مجموع ماذكره الشيخ في المقام : أن هنا صوراً اربعة

(الاولى) : وقوع التقابض بعد العقد الفاسد بالجبر والإكراه : بحيث لايتمكنان على التخلص من التقابض .

وهذه الصورة يحرم التصرف فيها .

وهذه الصورة لاتتنافى وعلمهما بفساد العقد ، لأنهما مكرهان على التقابض كما لو اجبرا على التقابض من دون عقد .

(الثانية) : وقوع التقابض بعد العقد الفاسد ، بناءً على ملكية كل منهما لمال الآخر اعتقاداً ، أو تشريعا كما عرفت .

وهذه الصورة يحرم التصرف فيها ايضا .

(الاول) : كفاية هذا الرضا المركوز في النفس (١) ، بل الرضا الشأني ، لأن الموجود بالفعل هو رضاه : من حيث كونه مالكاً في نظره .

وقد صرح بعض من قارب عصرنا (٢) بكفاية ذلك (٣)

ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره الى هذا (٤)

ولعله (٥) لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

- وهذه الصورة لاتكون إلا مع عدم علمهما ببطلان العقد .

وهنا يحرم التصرف في المأخوذ .

(الثالثة) : وقوع التقابض بإنشاء جديد ليكون معاطاة صحيحة .

وهذه الصورة لايحرم التصرف فيها .

(الرابعة) : وقوع التقابض لاعلى وجه الاستحقاق بالعقد الفاسد ولا على وجه إنشاء تمليك جديد .

فهذه الصورة يجوز فيهـا التصرف ايضا ، لكن الكلام في دخولها في المعاطاة

وقد ذكر الشيخ في دخولها فيها بشرطين فقال : الاول .

(١) وهو أنه لو سُئلا عن هذا التصرف لاجابا بالجواز .

(٢) وهو صاحب المقابيس المحقق الشيخ اسد الله التستري يأتي شرح حياته في (أعلام المكاسب) .

(٣) وهو الرضا المركوز في النفس .

(٤) وهو قول المحقق الثاني في ص ٣٣٠ : وعُلم التراضي : بأن يقال: إن الرضا المركوز في النفس كاف في مورد التعاطي .

(٥) أى ولعل رجوع الكلام المتقدم من المحقق الثاني وهو قوله : وعُلم التراضي لاجل صدق طيب النفس التكويني عليه فيشمله قوله عليه السلام في ص ١٨٠ : لايحل مال امرءٍ إلا بطيب نفسه .

(الثاني) (١) : أنه لايشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة ، أو التمليك بالقبض ، بل ولا (٢) بمطلق الفعل .

بل يكفي وصول كل من العوضين الى المالك (٣) الآخر ، والرضا (٤) بالتصرف قبله ، أو بعده على الوجه المذكور (٥)

وفيه (٦) إشكال : من (٧) أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي كما ينبيء عنه (٨) قول العلامة رحمه الله في رد كفاية المعاطاة في البيع : إن (٩) الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد .

---

(١) اى (الامر الثاني) من الامرين الذين هما شرط في دخول الصورة الرابعة في المعاطاة .

(٢) اى بل ولا يشترط في المعاطاة إنشاء الاباحة ، أو التمليك بمطلق الفعل حتى من جانب واحد .

(٣) وفي بعض النسخ الى مالك الآخر .

(٤) اى ويكفي الرضا بالتصرف من دون حصول معنى التعاطي .

(٥) وهو وصول كل من العوضين الى المالك الآخر ، والرضا بالتصرف .

(٦) اى وفي الذهاب الى عدم اشتراط إنشاء الاباحة ، أوالتمليك بالتقابض حتى بمطلق الفعل في المعاطاة نظر واشكال .

(٧) هذا وجه النظر في عدم اشتراط التقابض في المعاطاة فهو دليل لاشتراط التقابض بالفعل في المعاطاة .

(٨) اى يُشعر عن أن التقابض الفعلي شرط في المعاطاة .

(٩) هذا مقول قول العلامة رحمه الله وقد تقدم في ص ٨٥

فالعلامة قدس سره قد اخذ التقابض بالفعل في مفهوم المعاطاة في تحققه الخارجي .

وكـذا (١) استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها : بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة .

وكذا (٢) ماتقدم من الشهيد رحمه الله في قواعده : من أن الفعل في المعاطاة لايقوم مقام القول وإنما يفيد الإباحة ، الى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أن محل الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض (٣)

وكذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي (٤)

---

(١) اى وكذا استدلال المحقق الثاني في ص ٨٩ يشعر على أن التقابض بالفعل قد اخذ في مفهوم المعاطاة في تحققه الخارجي .

(٢) اى وكذا ما افاده الشهيد الاول في ص ١٢٨ يشعر على أن التقابض بالفعل شرط في مفهوم المعاطاة في تحققه الخارجي .

(٣) أي بالتقابض بالفعل من الطرفين .

هذه هي الأقوال الدالة على اشتراط التقابض بالفعل من الطرفين .

فكيف يمكن أن يقال بعد صراحة هذه الأقوال بعدم اشتراط التقابض بالفعل في مفهوم المعاطاة في تحققه الخارجي ؟

(٤) لانعرف وجهاً لدلالة كلمة وبالتعاطي على المراد : وهو اشتراط التقابض بالفعل في مفهوم المعاطاة في تحققه الخارجي ، اذ يمكن أن يكون المراد بالتعاطي هو حصول المعاملة من دون تحقق الفعل حتى من طرف واحد كما مثل الشيخ نفسه قدس سره بوضع الفلوس في كوز الحمامي فكيف استدل الشيخ على المراد بهذه الكلمة من كلمات (علماء إخواننا السنة) ؟

ومن (١) أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا (٢)، وأن عمدة الدليل على ذلك (٣) هي السيرة، ولذا (٤) تعدوا الى ما اذا لم يحصل إلا قبض احد العوضين، والسيرة (٥) موجودة في المقام، فإن بناء الناس على اخذ الماء والبقل، وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم، ووضعهم الفلوس في الموضع المعد له، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه، ووضع الفلوس في كوز الحمامي.

---

(١) هذا دليل لعدم اشتراط التقابض بالفعل في مفهوم المعاطاة في تحققه الخارجي.

(٢) اى وليس عنوان التعاطي في كلمات الفقهاء لتحقق مفهوم المعاطاة وهو التقابض بالفعل من الطرفين.

(٣) اى على أن المعاطاة لايشترط في تحقق مفهومه الخارجي التقابض بالفعل، لأنه لمجرد الدلالة على الرضا.

والمراد من السيرة هي سيرة المتشرعة من صدر الاسلام الى زماننا هذا، حيث إن اهل الشرع في معاملاتهم يكتفون بقبض واحد.

(٤) اي ولاجل أن التقابض ليس شرطاً في تحقق مفهوم المعاطاة في الخارج، وأن الدليل على ذلك هي السيرة ترى أن السيرة تعدت من الإكتفاء بالقبض من طرف واحد في المعاطاة، واكتفت بوضع النقد في المحل الذي أعد لإخذ السلع منه، من دون أن يكون هناك آخذ ومعط وهذه السيرة جارية في كل البلاد؛ وفي كل الأزمان.

(٥) اي سيرة المتشرعة في الإكتفاء بالقبض من طرف واحد موجودة من البداية الى زماننا هذا.

فالمعيار (١) في المعاطاة وصول المالين ، أو احدهما مـع التراضي بالتصرف .

وهذا (٢) ليس ببعيد على القول بالإباحة .

---

(١) الفاء تفريع على ما افاده قدس سره : من عدم اشتراط التقابض من الطرفين ، ولا من طرف واحد في المعاطاة :اى الميزان والقاعدة الكلية في المعاطاة هو وصول المال من الطرفين .

(٢) هذا رأي الشيخ في المعاطاة وقد افاده في ص ٢٤١ - ٢٤٩ وهو الحق في المقام ، اذ نرى بالعيان أن جميع المعامـلات الواقعة في العالم اجمع : من البيـع والاجارة والهبـة والقرض والمساقاة والمزارعـة والمضاربة ، وغيرها : من بقية العقود كلها تقع معاطاة ، وقـل ما يتفق أن يقع عقد من العقود بصورة الايجاب والقبول : بأن يقول البايع : بعت والمشتري يقول : قبلت ، أو يقول الموجر : آجرت ، والمستاجر يقول: استأجرت ، أويقول المقرض : اقرضتك ، والمقترض يقول : قبلت ، أويقول المضارب الذي هو صاحب المال للعامل : ضاربتك في المال : بأن يكون المال مني ومنك العمل فيقول العامل : قبلت .

وقس عل ذلك بقية العقود .

وكان التعامل المعاطاني ماشياً وماضياً منذ بداية ظهور الاسلام الى يومنا هذا حتى في زمن (الرسول الأعظم) صلى الله عليه وآله وسلم ،وعهد (الأئمة من اهل البيت عليهم الصلاة) .

الفهارس

فهرس الابحاث

فهرس التعليقات

فهرس الآيات الكريمة

فهرس الأحاديث الشريفة

فهرس الأعلام

فهرس المصادر

وقد انهينا بحمد الله تبارك وتعالى (الجزء السادس) من كتاب (المكاسب لشيخنا الانصاري) قدس الله سره ، وطيب رمسه من بداية البيع الى نهاية المعاطاة ، حامدين الله عز وجل وشاكرين له على هذه النعمة العظمى .

وكان ذلك في يوم الخميس الحادي عشر من شهر جمادي الاولى ١٣٩٦ في غرفة ادارة (جامعة النجف الدينية) العامرة حتى ظهور (الحجة البالغة) الذي تحيي البلاد به عجل الله تعالى فرجه الشريف بعد عناء كثير مقابلة وتعليقاً وتصحيحاً حسب الحاجة واللزوم بقدر الوسع والإمكان ، وبعد سهر الليالي والأيام ، رغبةً منا في إخراج هذا التراث الخالد : فقه (أئمة اهل البيت) صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين ، وشغفاً بمواصلة الأجزاء ومتابعتها واحداً بعد آخر إن شاء الله تعالى .

وكان الشروع فيه في اليوم الحادي عشر من جمادي الاولى ١٣٩٥

وقد جاء بحمد الله تبارك وتعالى على طراز حسن جميل ، واسلوب رائع بديع .

ويتلوه إن شاء الله تعالى (الجزء السابع) اوله (مقدمة في خصوص ألفاظ البيع) .

وإني لأرى هذه الإفاضات كلها من بركات صاحب هذا (القبر المقدس العلوي) على من حل فيه آلاف التحية والثناء .

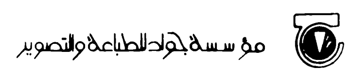
فشكراً لك يا آلهي على هذه النعم الجسيمة , والآلاء الجزيلة .

ونسألك اللهم وندعوك التوفيق لإتمام بقية الأجزاء، والمشروعات الخيرية الدينية النافعة للامة الاسلامية جمعاء بلطفك السابق ورحمتك الواسعة إنك ولي ذلك والقادر عليه .

عبدك

في ١١ / ٦ / ١٣٩٦

السيد محمد كلانتر


مؤسسة جواد للطباعة والتصوير